

Entwurf

Bundesverfassungsgericht  
Schlossbezirk 3  
76131 Karlsruhe

Bremen, 15.10.2021

## VERFASSUNGSBESCHWERDE

des

– Beschwerdeführer –

Gerügt wird der Verstoß gegen verschiedene zentrale Grundrechte der Verfassung.

- Artikel 14, GG, (Eigentumsgarantie)
- Artikel 33 GG, Abs. 4 (Verstoß gegen die Übertragung hoheitlicher Ausgaben auf Privatpersonen)
- Artikel 101 GG. (Versagen des gesetzlichen Richters, hier insbes. Rechtsweggarantie)
- Artikel 103 GG. (Anspruch eines jeden auf rechtliches Gehör vor Gericht)
- Artikel 20 GG, Abs. 2 (Gewaltentrennung zwischen Legislative und Judikative)

**Es wird beantragt:**

**Folgende Urteile und Beschlüsse werden aufgehoben:**

- **Das Urteil 2 Ni 27/16 des BPatG vom 14.12.2017**
- **Das Urteil X ZR 109/18 des BGH vom 15.12.2020**
- **Der Beschluss X ZR 109/18 des BGH zur Zurückweisung der Gehörsrüge vom 31.08.2021**

**Das Berufungsgericht wird aufgefordert einen gerichtlichen Sachverständigen zu bestellen, der den Gegenstand und Schutzzumfang des Patents DE 10 2004 026 183 für den Fachmann am Prioritätstag dem Gericht erläutert.**

**(Anmerkung: Der Sachverständige muss auf dem technischen Gebiet des Patents Fachmann im Sinne des Patentrechts am Prioritätstag gewesen sein.)**

**Der Gesetzgeber wird aufgefordert den verfassungswidrigen Rechtsweg, insbesondere die Übertragung hoheitlicher Aufgaben an eine Zivilprozessverfahren zu beenden. Die Patentnichtigkeit wird von einer staatlichen Behörde (z.B. DPMA) endgültig festgestellt.**

**Ferner wird eine Revisionsinstanz im Patentnichtigkeitsverfahren eingeführt. Dieses dürfte am einfachsten durch Einführung eines Oberpatentgerichts gehen.**

## I. Grundsätzliche Verfassungswidrigkeit

Nach diesseitiger Auffassung besteht bereits eine vielfältige grundsätzliche Verfassungswidrigkeit beim Rechtsweg des Nichtigkeitsverfahrens.

### I.1 Unzulässige Übertragung von hoheitlichen Aufgaben an einen Zivilrechtsstreit

Bei der Erteilung eines Patents, das in Deutschland durch das dem BMJ unterstehende DPMA erfolgt, handelt es sich um die Zusicherung eines eigentumsgleichen Rechts entsprechend Art. 14 GG. Diese Erteilung eines staatlich gesicherten zeitlich begrenzten Monopolrechts ist ein hoheitlicher Akt der Bundesrepublik Deutschland.

Der Entzug einer solchen Rechtsposition ist ebenfalls ein hoheitlicher Akt, wird in Deutschland aber in einem Zivilprozess nach erfolgter Nichtigkeitsklage durchgeführt.

Das ist verfassungswidrig!

Völlig unverständlich ist auch, dass solange ein Einspruchsverfahren möglich ist, das DPMA über eine Rücknahme der Erteilung entscheidet, danach aber eine Nichtigkeitsverfahren zwischen Patentinhaber und Nichtigkeitskläger, grundsätzlich ohne Beteiligung des DPMA, als Zivilrechtsstreit vorgesehen ist. Scheinbar meint der Gesetzgeber, dass es sich zeitabhängig um eine hoheitliches und danach ein privates Recht handelt.

Auch hat das DPMA technische hochspezialisierte Prüfer für jedes Fachgebiet. Dies ist beim BPatG nicht der Fall, da die Senate jeweils einen riesigen Bereich der Technik zugewiesen bekommen haben. Der BGH verfügt sogar weder über technische Richter noch eine technische Sachkunde. Eine wie auch immer geartete technische Ausbildung der Richter ist dort nicht vorhanden.

### I.2 Unzulässige Kostenlast bei Patentnichtigkeit

Eine Nichtigkeitsklage kann von Jedermann angestrengt werden. Es können von verschiedenen Nichtigkeitsklägern auch eine beliebige Anzahl von Nichtigkeitsklagen eingereicht werden. Viele Nichtigkeitsklagen gehen nur zu Gunsten des Nichtigkeitsklägers aus, weil das DPMA im Erteilungsprozess nicht ausreichend geprüft hat. Schon in einem solchen Fall ist die Belastung mit den in der Regel sehr hohen Prozesskosten für den Patentinhaber verfassungsrechtlich zumindest bedenklich, nach diesseitiger Auffassung verfassungswidrig.

Wie bei einem Einspruch gegen eine Baugenehmigung, der nicht gegen den Nachbarn, sondern immer gegen die Baubehörde (hoheitliche Aufgabe!) eingelegt werden muss, sind die Kosten keinesfalls dem Inhaber der Baugenehmigung aufzuerlegen, sondern entweder dem Einsprechenden oder der Staatskasse.

Die Auferlegung von Kosten des Patentnichtigkeitsverfahrens gegen den Patentinhaber ist verfassungswidrig.

### **I.3 Unzulässige Enteignung unter Verstoß gegen Art. 14, Abs. 3 GG**

Ein Nichtigkeitsverfahren, das zur Nichtigkeit eines Patents führt, ist eine Enteignung, die nicht nur ex nunc, sondern ex tunc wirkt.

Eine solche Enteignung ist nach Art. 14, Abs. 3 „nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig“.

Hierbei wird immer wieder argumentiert, dass die Allgemeinheit immer ein Interesse daran hätte, dass eine Erfindung nicht mehr geschützt, sondern allgemeinfrei wird.

Dies ist aber bei internationalen Verflechtungen und Großkonzernen gerade nicht der Fall. So ist bei Patenten, die seit vielen Jahren nur von ausländischen Verletzern benutzt werden, eine Nichtigkeit mit der Folge erheblicher finanzieller Einbußen für den inländischen Patentinhaber oder Erfinder verbunden. Soweit der Schadenersatz aus einer Patentverletzung in Deutschland zu versteuern ist, hat die Allgemeinheit ein vitales Interesse an der Aufrechterhaltung des Patentschutzes.

So ist es z.B. im vorliegenden Fall. Die Patentinhaberin als Ltd. ist nur zwischengeschaltet worden, um die existenzvernichtenden Kostenrisiken des Prozesses zu begrenzen. Der Löwenanteil einer erfolgreichen Verletzungsklage würde zu Gunsten des Patentanmelders, Herrn Dr. Hempel, erfolgen und damit in Deutschland zu versteuern sein.

Hinzu kommt, dass der Streitwert und mögliche Schadenersatz durchaus in Höhe von über 1 Mrd. Euro liegen kann.

Eine solche Enteignung zum Schaden des Patentinhabers und zu Lasten des Allgemeinwohls ist nach Art. 14 GG, Abs. 3 verboten.

### **I.4 Unzulässigkeit von Rechtswegen ohne Revision**

Wenn auch das BVerfG für den Rechtsweg bereits eine einzige Instanz als mit der Verfassung grundsätzlich vereinbar hält, so verstößt die grundsätzlich fehlende Revisionsinstanz im Patentnichtigkeits-Rechtsweg gegen die Verfassung, da sie gegen das GVG (z.B. § 133) verstößt und verfassungsrechtlich gesicherte Gleichbehandlungserfordernisse missachtet. Auch dürfte der BGH als grundsätzliche Rechtsmittelinstanz für eine Berufung nicht geeignet und unzuständig sein.

Dem Gesetzgeber ist aufzugeben eine wirkliche Berufungsinstanz mit einem Oberpatentgericht mit technischen Richtern einzurichten.

Durch diese Situation ist selbst in Fällen von fehlenden oder mangelhaften Urteilsbegründungen, die einen absoluten Revisionsgrund darstellen, keine Revision möglich. Auch eine Sprungrevision ist nicht möglich.

### **I.5 Statistisch nachweisbare Willkür**

Grundsätzlich hat ein Gericht das Vorbringen der Parteien zu berücksichtigen und unter zugrunde legen rechtlicher Grundsätze und spezifischer Sachkenntnis eine Entscheidung zu treffen. Die Qualität der Entscheidungen wird durch die Nichtbestellung technischer Sachverständiger sicher nicht besser.

Aus den Jahresberichten des BPatG gehen folgende Daten hervor:

### Patentnichtigkeitsverfahren

Jahr	Anzahl Verfahren BPatG	Anzahl Berufungen gegen Urteile des BPatG		Anzahl Berufungen BGH	Anzahl Berufungs- Urteile	Abweichende Entscheidung gegenüber BPatG	
		Anzahl	%			Anzahl	%
2009	105	63	60,0%				
2010	112	85	75,9%	111	59	29	49,2%
2011	115	78	67,8%		92	39	41,0%
2012	117	64	54,7%		64	40	37,5%
2013	112	78	69,6%		80	38	34,2%
2014	104	60	57,7%		79	37	51,4%
2015	93	59	63,4%		62	31	58,1%
2016	71	47	66,2%		55	29	62,1%
2017	84	62	73,8%		46	33	51,5%
2018	110	87	79,1%		45	35	48,6%
2019	98	64	65,3%		47	31	54,8%
2020	87	48	55,2%		61	49	42,9%
	Durchschnitt:		65,7%				48,3%

Quelle: Jahresberichte des BPatG

Auffällig ist bereits, dass zwischen 54 % und 79 % (Durchschnitt 65,7 %) aller Urteile des BPatG von zumindest einer Partei als falsch angesehen werden. Dabei muss man bedenken, dass manch Berufungsbeklagter mangels finanzieller Ressourcen nicht in der Lage ist, überhaupt eine Berufung anzustrengen. Nach diesseitigem Wissen gibt es keinen Rechtsweg, bei dem eine so hohe Berufungsquote eines Gerichts vorliegt.

Wenn man dann bedenkt, dass sich in über 48 % aller entschiedenen Fälle die Urteile des BPatG als falsch herausstellen, dürfte es sich in hohem Maße um Willkürurteile handeln. Dabei ist fraglich, ob ein Urteil des BPatG, das immerhin mit technischen Richtern besetzt ist, falsch ist oder das entsprechende Berufungsurteil des BGH, der in den letzten zehn Jahre, im Gegensatz zu Zeiträumen davor, immer ohne technischen Sachverständigen entscheidet.

Besonders hervorzuheben ist, dass eine Richtigkeit der Rechtsprechung in nur ca. 50 % der Fälle ein statistischer Beleg für völlige Willkür ist. Ein Münzwurf anstatt eines Gerichtsverfahrens hat auch die statistische Wahrscheinlichkeit von 50 % für eine „richtige Entscheidung“.

### I.6 Regelmäßiger Verstoß gegen die BGH-Rechtsprechung und die Gewährung rechtlichen Gehörs

So darf nach dem Beschluss des BGH vom 13.01.2015, VI ZR 204/14, in Fällen einer „Fachwissen voraussetzenden Frage“ auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur verzichtet werden, wenn entsprechende eigene besondere Sachkunde vorhanden ist.

Die Bestellung eines Gutachters muss dann auch von Amts wegen erfolgen, auf einen Antrag der Parteien kommt es nicht an.

„Zudem muss das Gericht, wenn es bei seiner Entscheidung eigene Sachkunde in Anspruch nehmen will, den Parteien zuvor einen entsprechenden Hinweis erteilen.“

Die Beurteilung einer Patentnichtigkeit ist in jedem Fall eine technisches Fachwissen voraussetzenden Frage. So ist bereits im Wege der Auslegung zu prüfen, was der Gegenstand des Patents ist und was für einen Fachmann am Prioritätstag der Inhalt der technischen Lehre ist.

Der BGH betont zwar immer wieder: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist die Auslegung eines Patentanspruchs eine Rechtsfrage“. Diese Rechtsfrage ist nur unter Beantwortung der technischen Fachfragen regelmäßig nicht ohne technischen Sachverstand zu beantworten. Hierzu muss nach gefestigter ständiger Rechtsprechung ergründet werden welche Lehre der auf dem Gebiet relevante technische Fachmann aus der Patentschrift zum Prioritätstag entnimmt.

In Fällen wie vorliegend, bei dem der BGH bereits von einer „Abweichung von der Beschreibung“ (s. Rdn. 21 im Urteil X ZR 109/18) ausgeht, kommt es ohne weiteres erkennbar auf die Sichtweise des Fachmanns am Prioritätstag an, insbesondere dann, wenn die vom BGH gewählte Auslegung auf einen unverhältnismäßigen Aufwand stoßen würde und vom Fachmann sofort als abwegig erkannt wird.

Die Nichtbestellung eines notwendigen Sachverständigen verstößt dagegen regelmäßig gegen die Verfassung, da die Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG verweigert wird. Dabei ist zu beachten, dass der Verfassungsgrundsatz nicht bereits durch das reine Anhören oder Lesen des Arguments erfüllt ist, sondern die Notwendigkeit besteht, dass das Gericht das Argument auch versteht und sich damit auseinandersetzt.

Der für Patentnichtigkeitsberufungen zuständige X. Senat des BGHs verstößt damit regelmäßig gegen Art. 103 Abs. 1 GG und ferner gegen die Rechtsprechung eines anderen BGH-Senats, was nach dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) zur Anrufung des Großen Senats des BGHs führen muss. (Vergl. § 132 GVG)

In diesem Zusammenhang dürfte die Meinung des BGHs in Abweisung der Gehörsrüge ( X ZR 109/18 vom 31.08.2021) schon abenteuerlich sein. Hier heißt es ohne weitere Begründung unter Rdn. 7: *„Unabhängig davon weicht das angefochtene Urteil nicht von der Rechtsprechung anderer Senate ab“*

Oder sollte dies so gemeint sein, dass auch andere Senate die notwendige Bestellung eines Sachverständigen einfach ignorieren?

Hier ist festzustellen, dass regelmäßig und systematisch gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen wird, da man, obwohl keine eigene technische Sachkunde vorliegt, regelmäßig keinen Sachverständigen bestellt.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass es bereits Rechtsprechung des BVerfG bezüglich gerichtlicher Sachverständiger in Patentverfahren gibt.

In den Nichtigkeitsverfahren der letzten Jahre ist weder erst- noch zweitinstanzlich ein entsprechender Fachmann gehört worden, obwohl die Sachkunde des Gerichts, auch die des BPatG, in der Regel nicht ausreichend ist.

Dabei ist bereits die Nichtanhörung eines Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung als verfassungswidrig (Urteil des Bundesverfassungsgericht 1 BVR 2485/06 vom 14. Mai 2007) beurteilt worden. Wie verfassungswidrig muss es dann sein, auf ein notwendiges Sachverständigengutachten regelmäßig ganz zu verzichten.

## **1.7 Unzulässige Auslegung der Präklusionsregelung**

Die Gerichte haben die Gesetze auszulegen und anzuwenden. Eine Auslegung, die gegen den erkennbaren Willen des Gesetzgebers erfolgt, ist verfassungswidrig, da das Gericht dann Gesetzgeber spielt und gegen die verfassungsrechtlich garantierte Gewaltentrennung verstößt.

Eine Präklusionsregelung wurde in das Patentgesetz erst durch das „Gesetzes zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts,“ eingeführt.

Aus der Gesetzesbegründung (Bundesdrucksache 16/11339 vom 10.12. 2008) ist zu entnehmen, dass die Präklusionsvorschriften für die Berufung uferlosen neuen Vortrag des Nichtigkeitsklägers verhindern soll. Dass nicht einmal Hilfsanträge zu bereits in das Verfahren eingebrachten Verteidigungsmitteln durch den Patentinhaber, also den Beklagten, erfolgen können, ist in der Gesetzesbegründung gerade nicht vorgesehen und beschränkt den Patentinhaber in seinem verfassungsgemäßen Rechten stark.

Warum der Patentinhaber überhaupt Partei in einem Nichtigkeitsverfahren ist, wurde bereits oben als verfassungswidrig erläutert.

### **I.8 Grundsätzliche verfassungsrechtliche Mängel des Patentwesens.**

Es bestehen auch bedeutsame Anhaltspunkte, dass das Patentwesen in seiner jetzigen Form freie Erfinder und Kleine und Mittlere Unternehmen (KMUs) in ihren verfassungsgemäßen Rechten systematisch diskriminiert.

Hier sei auf die Verfassungsbeschwerde des Europäischen Erfinderverbands (Joachim Bader) verwiesen: 1 BvR 1122/20.

Auch der Unterzeichner dieser jetzigen Beschwerde, der seit ca. 10 Jahren pro bono freie Erfinder und KMUs vertritt, hat in diesem Zeitraum keinen einzigen Fall erlebt, bei dem ein Großunternehmen zu Schadenersatz verurteilt worden wäre.

Diese Situation wird dadurch verschärft, dass Großunternehmen schon vor Jahren dazu übergegangen sind, Patentverletzungen gegenüber freien Erfindern und KMUs nicht einmal mehr zu prüfen, weil das Risiko auf Grund der einseitigen Urteilslage der Gerichte vernachlässigbar gering ist.

Wie gesellschaftlich relevant und schädlich diese Situation ist, wird am Diesel-Skandal offenkundig. Als die VW AG und andere beschlossen haben mit den Abgaswerten zu tricksen waren längst entsprechende Abgasreinigungsverfahren (z.B. mit AdBlue) von KMUs verfügbar und großtechnisch einsatzbereit.

Wenn man aber nicht einmal einen Überblick über den patentierten Stand der Technik hat, ist es schwierig bis unmöglich entsprechende Technologien zu lizenzieren.

Das nicht funktionierende Patentwesen schadet dem Innovationsstandort Deutschland signifikant.

## II. Tatbestand und Instanzenweg, Verfassungsverstoß

Auf Grund einer Patentverletzungsklage gegen die Google Deutschland GmbH und Google Inc. Wurde am 24.02.2016 Nichtigkeitsklage gegen das deutsche Patent DE 10 2004 026 183 eingelegt.

Diese Klage ist als

### **Anlage VB1**

beigefügt.

Daraufhin erfolgte am 4.08.2017 ein Hinweis nach § 83 PatG durch das BPatG. Dieser ist als

### **Anlage VB2**

beigefügt.

Das Urteil des BPatG ist als

### **Anlage VB3**

beigefügt.

Die Beklagte hat am 3.05.2018 Berufung eingelegt und diese am 25.06.2018 begründet. Die Berufungsbegründung ist als

### **Anlage VB4**

beigefügt.

Der BGH erließ auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2020 folgendes Berufungsurteil, das als

### **Anlage VB5**

beigefügt ist.

Wegen erheblicher Mängel des Urteils, insbesondere Übergehen des Vortrags zur Notwendigkeit die Auslegung des Patents am Prioritätstag, wurde am 19.02.2021 Gehörsrüge eingelegt. Diese Gehörsrüge ist als

### **Anlage VB6**

beigefügt.

Die Gehörsrüge wurde mit Beschluss vom 31.08.2021 vom BGH zurückgewiesen Dieser Beschluss ist als

### **Anlage VB7**

beigefügt.

Diese Verfassungsbeschwerde stützt sich, soweit nicht bereits die unter I. gemachten Ausführungen ausreichend sind, auf zwei wesentliche Punkt:



1. Gehörsverstoß wegen Nichtbestellung eines Sachverständigen, der zur Auslegung des Gegenstands und Schutzzumfangs des Patents am Prioritätstag Auskunft geben kann.
2. Unzulässige Anwendung von Präklusionsvorschriften durch Wertung der Hilfsanträge zur Einschränkung des Schutzzumfangs als verspätet.

### **Zu 1.:**

Die Beklagte hatte in der Gehörsrüge bereits umfänglich vorgetragen, dass zur Klärung der Auslegung des Klagepatents am Prioritätstag ein Sachverständiger zu bestellen ist, dessen Ausbildung dem des vom BPatG zutreffend angegeben Fachmanns entspricht. Wie bereits unter I.6 (s.o.) ausgeführt, ist die Nichtbestellung eines Sachverständigen trotz fehlender Sachkunde offensichtlich verfassungswidrig.

Das BPatG hatte dabei bereits eine Art unzulässige Erweiterung des Gegenstands des Patents bezüglich des Merkmals M1.2 durchgeführt, die dann erst zur angeblichen Nichtigkeit führte.

Es kommt erschwerend hinzu, dass der X. Senat des BGHs regelmäßig keinen Sachverständigen bestellt und auch nicht entsprechend § 132 GVG den großen Senat des BGHs angerufen hat, um sich mit anderen Senaten abzustimmen.

Völlig abwegig, ja geradezu abenteuerlich, ist die Wertung des BGHs, dass die Anhörungsrüge sogar unzulässig sei.

In Wirklichkeit handelt es sich doch um regelmäßige systematische und vorsätzliche Verfassungsverstöße.

Auch die Einlassung des BGH, dass es sich bei der „Auslegung eines Patentanspruchs um eine Rechtsfrage“ handelt, ist ja wohl ein Gemeinplatz. Anderenfalls könnte ein Gericht überhaupt keine Auslegung vornehmen und auch nicht in der Sache entscheiden. Keinesfalls impliziert die Wertung, dass die Auslegung eine Rechtsfrage ist aber, dass diese ohne Sachkenntnis und ohne Aufklärung des Standes der Technik am Prioritätstag gelingen kann.

In diesem Zusammenhang ist es bereits verwunderlich, dass weder das BPatG noch der BGH überhaupt erkennbar den Schutzzumfang und den Gegenstand des Klagepatents ausgelegt hätten. Die Rechtsfrage ist also nicht einmal explizit beantwortet worden.

Bezeichnend ist auch, dass der unter 3. in der Gehörsrüge und unter Beweisantritt vorgetragene Nichtberücksichtigung einer Untersuchung am Prioritätstag im Beschluss über die Gehörsrüge nicht einmal mehr erwähnt wird.

Der Vorsitzende hat also vorsätzlich nicht nur die notwendige Aufklärung zum Patentinhalt durch einen Sachverständigen negiert, sondern sogar explizit zugegeben, dass das Gericht sich zur Auslegung des Patentanspruchs am Prioritätstag keine Gedanken gemacht hat.

Offensichtlicher kann man den Verfassungsverstoß gegen die Gewährung rechtlichen Gehörs ja nicht zugeben! Spätestens bei der Abweisung der Gehörsrüge liegt eine erneute vorsätzliche Gehörsverweigerung vor.

Auch die weiteren Ausführungen im Beschluss zur Gehörsrüge sind schlicht falsch. So heißt es dort:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist die Auslegung eines Patentanspruchs eine Rechtsfrage. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens kommt in diesem Zusammenhang nur in Betracht, soweit es um tatsächliche Umstände geht, die für die Auslegung von Bedeutung sind, etwa bestimmte Kenntnisse des Fachmanns am Prioritätstag. Solche Umstände zeigt die Beklagte nicht auf.

„Solche Umstände zeigt die Beklagte nicht auf“

Dabei hatte die Beklagte erstinstanzlich, in der Berufung und auch in der Gehörsrüge umfänglich begründet warum die Kenntnisse eines Fachmanns am Prioritätstag unbedingt für die Auslegung des Patentanspruchs notwendig sind und die vom Gericht gewählte Auslegung als äußerst abwegig anzusehen ist. Die Ausführung der Erfindung wäre bei der vom Gericht gewählten Auslegung praktisch unmöglich gewesen und auch der gerade mit der Erfindung bezweckte Zweck, nämlich die rationelle Bereitstellung von Informationen mit geringem Aufwand, wäre ins Gegenteil verkehrt worden.

Es scheint, dass der Abweisungsbeschluss unter völliger Ignorierung der Ausführungen der Beklagten zu Stande gekommen ist. Auch hier wieder eindeutiger Gehörsverstoß!

Auch die Behauptung des BGH die Gehörsrüge wäre bezüglich der Nichtanwendung von § 132 GVG eingelegt worden ist unzutreffend. Selbstverständlich begründet die Nichtbeachtung des GVG für sich keinen Gehörsverstoß. Allerdings ist bezeichnend, dass der BGH nicht einmal begründet, warum er keine Abweichung vom Beschluss des VI. Senats des BGHs vom 13.01.2015, VI ZR 204/14, sieht.

Nach diesseitiger Auffassung ist die Abweichung der regelmäßigen Vorgehensweise des X. Senats von der höchstrichterlichen Entscheidung des VI. Senat evident. Dass sich Untergerichte und andere BGH-Senate nicht entsprechend den Vorgaben verhalten, ist sehr bedauerlich und wohl auch ein regelmäßiger Verstoß gegen die Verfassung. Scheinbar macht jedes Gericht was es will.

## **Zu 2.**

Der BGH hatte unter Rdn. 70 ff dargelegt, dass die Hilfsanträge der Beklagten nicht „sachdienlich“ seien, weil sie erst in der Berufungsinstanz eingebracht worden wären. Sie hätten bereits nach dem erstinstanzlichen Hinweis nach § 83 PatG eingebracht werden müssen. Dieses überspannt die gesetzlichen Präklusionsregelungen bei weitem und pervertiert den Begriff der „Sachdienlichkeit“.

Nach dem Willen des Gesetzgebers (vergl. Bundesdrucksache 16/11339 vom 10.12.2008, S. 24 links Mitte) soll durch die Sachdienlichkeit nach § 116 PatG verhindert werden, „*dass ohne sachliche Rechtfertigung erst „in letzter Minute“ die Nichtigkeitsklage um neue Nichtigkeitsgründe erweitert würde oder der Patentinhaber die Patentansprüche in einer Weise beschränkt, die einen erheblichen zusätzlichen Prüfungsaufwand erfordert.*“

Auf Grund dieser vom Gesetzgeber gesetzten Intention können Anträge, die bereits direkt in der Berufungsbegründung gestellt werden, nicht als nicht sachdienlich gewertet werden.

Eine Präklusion, die bereits an dem Hinweis nach § 83 PatG ansetzt und zwingend bereits Hilfsanträge vorsieht, die schon in erster Instanz gestellt werden müssen, führt die Berufung ad Absurdum.

Vorliegend hat die Beklagte auch gerade auf den Hinweis bezüglich des Merkmals M1.2 umfassend reagiert und beträchtliche Argumente in das Verfahren eingeführt, die die Fehlerhaftigkeit des Hinweises nachweisen. Ob das BPatG der Argumentation der Beklagten folgt und in welchem Umfang ist dann erst dem Urteil zu entnehmen.

Ein Hilfsantrag in der Berufungsbegründung, der dann auf das Urteil klarstellend reagiert, führt kein neues Verteidigungsmittel ein, sondern präzisiert nur ein bereits eingeführtes Verteidigungsmittel.

Bei den gravierenden Folgen, nämlich der Nichtigkeit und damit Enteignung des Patents, kann ein solches Vorgehen keinesfalls sachdienlich sein, sondern benachteiligt den Patentinhaber einseitig und unbillig und ist deshalb verfassungswidrig.

### III. Streitwert

Warum die mit der Gehörsrüge angegriffene Entscheidung über den Streitwert als Gegenvorstellung und nicht als Gehörsrüge behandelt wurden, erschließt sich hier nicht. Auch irgendeine Begründung warum u.U. eine Umdeutung vorgenommen wurde, ist dem Beschluss über die Gehörsrüge nicht zu entnehmen.

Wir erachten bereits das Vorgehen, eine Gehörsrüge nicht zu bearbeiten und diese ohne Begründung als Gegendarstellung anzusehen, als verfassungswidrig.

Der BGH trägt zum Streitwert apodiktisch vor:

*„Die von der Beklagten angestellten Berechnungen über die mutmaßlichen Umsätze mit Produkten, die nach ihrer Auffassung von der Lehre des Streitpatents Gebrauch machen, bilden im Streitfall keine hinreichend sichere Grundlage für eine höhere Festsetzung des Streitwerts.“*

Weder wird begründet, warum die Berechnungen der Beklagten falsch sein könnten, noch wird begründet wie und inwieweit der Senat sein Ermessen überhaupt ausgeübt hat.

Offensichtlich fehlende Begründungen und anstatt dessen apodiktisch Äußerungen erfüllen die Begründungspflicht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung grundsätzlich nicht und sind deshalb verfassungswidrig.

### **Zusammenfassung**

Die angegriffenen Beschlüsse und Urteile verletzen den Kläger in einer Vielzahl von Grundrechten. Diese sind zur Vermeidung von Wiederholungen hier nur noch einmal genannt:

- Artikel 14, GG, (Eigentumsgarantie)
- Artikel 20 GG, Abs. 2 (Gewaltentrennung zwischen Legislative und Judikative)
- Artikel 33 GG, Abs. 4 (Verstoß gegen die Übertragung hoheitlicher Ausgaben auf Privatpersonen)
- Artikel 101 GG. (Versagen des gesetzlichen Richters, hier insbes. Rechtsweggarantie)
- Artikel 103 GG. (Anspruch eines jeden auf rechtliches Gehör vor Gericht)

Dabei wäre der Verfassungsbeschwerde bereits beim Verstoß gegen nur einen Verfassungsgrundsatz stattzugeben.

Zusätzlich wird auf folgendes aufmerksam gemacht:

### **Grundsätzliche Bedeutung des Falls**

**Besonders bemerkenswert ist, dass wie aufgezeigt, der Rechtsweg in Sachen Patentnichtigkeitsklage bereits grundsätzlich verfassungswidrig ist.**

Das Vorsehen eines eigenen zivilrechtlich organisierten Patentnichtigkeitsverfahren ist auch international ein Sonderweg der Bundesrepublik Deutschland und sollte in der vorliegenden Form abgeschafft werden.

Nach alledem ist diese Verfassungsbeschwerde nach § 93a Abs. 1 BVerfGG anzunehmen und zu entscheiden.

Rechtsanwalt

### **Anlagen**

- VB1**            **Nichtigkeitsklage der Google Germany GmbH vom 24.02.2016**
- VB2**            **Hinweis des BPatG nach § 83 PatG vom 4.08.2017**
- VB3**            **Urteil des BPatG vom 14.12.2017 (2 Ni 27/16)**
- VB4**            **Berufungsbegründung vom 25.06.2018**

- VB5**            **Berufungsurteil des BGH vom 15.12.2020 (X ZR 109/18)**
- VB6**            **Gehörsrüge vom 19.02.2021**
- VB7**            **Ablehnungsbeschluss des BGH zur Gehörsrüge vom 31.08.2021**