

§ 82 Abs 1 S 1 iVm § 91 Abs 1 ZPO vorzusehen, wenn das Akteneinsichtsverfahren als **echtes Streitverfahren** iF eines Widerspruchs angesehen wird, wird durch den abschließenden Charakter von § 71 Abs 1 S 2 ausgeschlossen.

## Abschnitt 6 Verfahren vor dem Bundesgerichtshof

### § 83 Zugelassene und zulassungsfreie Rechtsbeschwerde

(1) <sup>1</sup>Gegen die Beschlüsse der Beschwerdesenate des Patentgerichts, durch die über eine Beschwerde nach § 66 entschieden wird, findet die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof statt, wenn der Beschwerdesenat die Rechtsbeschwerde in dem Beschluss zugelassen hat. <sup>2</sup>Die Rechtsbeschwerde hat aufschiebende Wirkung.

(2) Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, wenn

1. eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist oder
2. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordert.

(3) Einer Zulassung zur Einlegung der Rechtsbeschwerde bedarf es nicht, wenn gerügt wird,

1. dass das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. dass bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. dass einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. dass ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. dass der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. dass der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

#### Übersicht

	Rn		Rn
I. Allgemeines	1	IV. Zulassungsfreie Rechtsbeschwerde	19
II. Rechtsbeschwerdefähige Entscheidungen	3	1. Nicht vorschriftsmäßige Besetzung	21
III. Zugelassene Rechtsbeschwerde	7	2. Mitwirkung eines ausgeschlossenen oder abgelehnten Richters	23
1. Entscheidung über die Zulassung	7	3. Versagung des rechtlichen Gehörs	24
2. Beschränkte Zulassung	10	4. Vertretungsmangel	33
3. Keine Nichtzulassungsbeschwerde	11	5. Öffentlichkeit des Verfahrens	34
4. Die einzelnen Zulassungsgründe	12	6. Fehlende Begründung	35
a) Grundsatzbedeutung	12	V. Wirkung der Rechtsbeschwerde	39
b) Rechtsfortbildung und -vereinheitlichung	17	VI. Anschlussrechtsbeschwerde	40

### I. Allgemeines

Während im Warenzeichenrecht das Rechtsbeschwerdeverfahren größtenteils durch eine Verweisung auf die Vorschriften des PatG geregelt war (§ 13 Abs 5 WZG), hat dieses Verfahren im 6. Abschn des 3. Teils des MarkenG eine eigenständige Regelung gefunden, die

allerdings weitgehend den entspr Vorschriften der §§ 100 – 109 PatG folgt. § 83 entspricht im Wesentlichen § 100 PatG und bzgl der aufschiebenden Wirkung der Rechtsbeschwerde (§ 83 Abs 1 S 2) der Bestimmung des § 103 PatG. Außerdem ist im MarkenG unter den Verfahrensmängeln, deren Rüge die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde eröffnet, der neu geschaffene Zulassungsgrund der Versagung des rechtlichen Gehörs (§ 83 Abs 3 Nr 3) aufgenommen worden. Eine entspr Regelung ist durch das 2. PatGÄndG v 16.7.1998 (BGBl I S 1860) auch in das PatG eingefügt worden (§ 100 Abs 3 Nr 3 PatG).

- 2 Das Rechtsbeschwerdeverfahren nach §§ 83 ff ist in seinen Grundsätzen weitgehend wie das Revisionsverfahren nach der ZPO ausgestaltet. Die Rechtsbeschwerde, ein echtes Rechtsmittel mit Suspensiv- und Devolutiveffekt, verfolgt ebenso wie die Revision den Zweck, die angefochtene Entsch allein in rechtlicher Hinsicht zu überprüfen und unterliegt denselben verfahrensrechtlichen Grundzügen wie die Revision (*BGHZ* 88, 191, 196 = GRUR 1983, 725, 727 – Ziegelsteinformling; *BGH* GRUR 1983, 365 – Akteneinsicht Rechtsbeschwerdeakten; GRUR 1986, 453 – Transportbehälter; GRUR 1993, 655, 656 – Rohrausformer).

## II. Rechtsbeschwerdefähige Entscheidungen

- 3 Gem § 83 Abs 1 S 1 ist die Rechtsbeschwerde nur gegen solche Beschl der Beschwerdesenate des BPatG gegeben, durch die über eine Beschwerde gegen die Beschl der Markenstellen und der Markenabteilungen des DPMA nach § 66 abschließend entschieden wird, wobei es nicht auf die äußere Form, sondern auf den **sachlichen Gehalt** der Entsch des BPatG ankommt (vgl *BGH* GRUR 1972, 472, 474 – Zurückverweisung; GRUR 2008, 732 Tz 9 – Tegeler Floristik). Eine der Rechtsbeschwerde zugängliche Entsch liegt auch dann vor, wenn sie eine erstmals während des Beschwerdeverfahrens vorgenommene Erweiterung des Streitgegenstandes betrifft (*BGH* GRUR 1972, 472 – Zurückverweisung). Statthaft ist die Rechtsbeschwerde auch gegen einen Beschl des BPatG, mit dem die Erinnerung gegen den Ausspruch des Rechtspflegers, dass eine Beschwerde wegen nicht fristgerechter Zahlung der Beschwerdegebühr gem § 66 Abs 5 S 2 als nicht erhoben gilt, zurückgewiesen wird (*BGH* GRUR 1997, 636 – Makol). Auch ein Beschl des BPatG darüber, ob eine Grundlage für die Erhebung von Gebühren bestand, unterliegt der Rechtsbeschwerde (*BGH* GRUR 1993, 890, 891 – Teilungsgebühren).
- 4 Ein Beschl, der nicht in einem Beschwerdeverfahren als Entsch über eine Beschwerde ergangen ist, erfüllt nicht die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gem § 83 Abs 1 (*BPatG* GRUR 2001, 339, 341 – Markenregister). Nicht statthaft ist die Rechtsbeschwerde auch gegen Beschl des BPatG, die lediglich **Neben- oder Zwischenfragen** des Beschwerdeverfahrens betreffen, wie zB Beschl über Versagung von Verfahrenskostenhilfe (*BGH* GRUR 2008, 732 Tz 9, 10 – Tegeler Floristik), über Anträge auf Einsicht in die Beschwerdeakten (*BPatGE* 17, 18, 25), über die Ausschließung oder Ablehnung eines Richters (*BPatGE* 2, 86; *BGH* GRUR 1985, 1039, 1040 – Farbfernsehsignal II; GRUR 1990, 434 f – Wasserventil) oder über einen Beitritt im Beschwerdeverfahren (*BPatG* GRUR 1988, 903 – Thermostatisch gesteuertes Regulierventil).
- 5 In **Kostensachen** ist die Rechtsbeschwerde nur eingeschränkt statthaft. Sie ist unstatthaft, wenn eine als Nebenentscheidung ergangene Kostenentscheidung des Beschwerdesenats isoliert angefochten werden soll (*BGH* GRUR 1967, 94, 96 – Stute; GRUR 2001, 139 f – Parkkarte; *BPatG* GRUR 1972, 669). Sie ist weiter unstatthaft, wenn die Beschwerdeentscheidung lediglich die Festsetzung der Vergütung eines beigeordneten Vertreters (*BGH* GRUR 1988, 115 – Wärmeaustauscher; GRUR 2001, 139 f – Parkkarte) betrifft. Auch gegen die Festsetzung des Gegenstandswertes im Beschwerdeverfahren ist eine Rechtsbeschwerde nicht eröffnet (vgl *BGH* MDR 2004, 355). Eine Rechtsbeschwerde gegen eine Entsch des BPatG, die die Ablehnung einer vom Rechtsbeschwerdeführer beantragten Kosten(grund)-

entscheidung zum Gegenstand hat, ist dagegen statthaft (*BGH* GRUR 2001, 139, 140 – Parkkarte). Auch gegen Beschwerdeentscheidungen des BPatG über Kostenfestsetzungsentscheidungen des DPMA (§ 63 Abs 3) kommt die Rechtsbeschwerde nach zutr Auffassung in Betracht (vgl *Büscher/Dittmer/Schiwy/Büscher* § 83 Rn 9 unter Hinweis auf *BGH* NJW 2003, 1127 und NJW-RR 2005, 939, wonach die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 574 Abs 1 S 1 Nr 2 ZPO auch im Kostenfestsetzungsverfahren möglich ist).

Eine Rechtsbeschwerde, die sich nicht gegen eine beschwerdefähige Entsch iSd § 83 Abs 1 richtet, wird auch dann als unzulässig verworfen, wenn das BPatG sie ausdrücklich zugelassen hat (*BGH* GRUR 1986, 453 – Transportbehälter; vgl auch *BGH* GRUR 2003, 548 – Rechtsbeschwerde). 6

### III. Zugelassene Rechtsbeschwerde

**1. Entscheidung über die Zulassung.** Gem § 83 Abs 2 haben die Beschwerdesenate des Patentgerichts die Rechtsbeschwerde zuzulassen, wenn eine Rechtsfrage von grds Bedeutung zu entscheiden ist oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rspr eine Entsch des BGH erfordert. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, prüft das BPatG unabhängig davon, ob ein entspr Antrag gestellt ist, **von Amts wegen** (*BPatGE* 2, 200, 201). Bejahendenfalls hat es die Zulassung im Tenor des Beschlusses oder in den Beschlussgründen auszusprechen (vgl *BGH* GRUR 1978, 420, 422 – Fehlerortung). Fehlt es an einem solchen Ausspruch, ist die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen (*BPatGE* 22, 45, 47). Die Zulassung kann grds auch nicht entspr § 321 ZPO durch **Ergänzung** nachgeholt werden (*BGHZ* 44, 395, 397; *BGH* NJW 1981, 2755; *BGH* NJW 2004, 779). Allerdings ist nach der Rspr des BGH zu § 574 Abs 1 Nr 2 ZPO eine erg Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das BeschwGer analog § 321a ZPO möglich, wenn in der Beschwerdeentscheidung durch **willkürliche Nichtzulassung** Verfahrensgrundrechte des Beschwerdeführers verletzt worden sind (*BGH* NJW 2004, 2529; NJW-RR 2013, 421, jeweils zu § 574 ZPO). Diese Rspr dürfte auch iRd § 83 zu beachten sein, so dass das BPatG auf Gegenvorstellung hin eine willkürlich unterbliebene Zulassung der Rechtsbeschwerde in einem ergänzenden Beschl nachholen kann. Zwar kommt in solchen Fällen auch eine zulassungsfreie Rechtsbeschwerde nach § 83 Abs 3 Nr 3 oder Nr 6 in Betracht. Diese kann aber möglicherweise an der mangelnden Entscheidungserheblichkeit des Verfahrensverstößes für die Sachentscheidung scheitern, wenn bspw ausschließlich gerügt werden soll, dass das BPatG die geltend gemachte Grundsatzbedeutung der Sache verkannt hat. Eine Nachholung durch **Berichtigung** (§ 80) ist möglich, wenn die Tatsache, dass die Rechtsbeschwerdezulassung beschlossen und nur versehentlich nicht im Beschl ausgesprochen worden war, aus dem Zusammenhang des Beschl selbst oder mindestens aus den Vorgängen bei seinem Erlass oder seiner Verkündung nach außen hervorgetreten ist (*BGHZ* 78, 22; 20, 188, 190 f; *BGH* NJW 2004, 779). 7

Der **Begr** der Zulassung oder Nichtzulassung bedarf es grds nicht. Eine Begr ist zwar iF der Nichtzulassung insb dann angebracht, wenn ein Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde gestellt war, ihr Fehlen kann aber nicht gem § 83 Abs 3 Nr 6 gerügt werden (*BGH* GRUR 1964, 519, 521 – Damenschuh-Absatz; GRUR 1965, 502 – Gaselan). 8

Die in einem rechtsbeschwerdefähigen Beschl ausgesprochene Zulassung der Rechtsbeschwerde ist für den BGH **bindend**, und zwar auch dann, wenn er die Voraussetzungen des § 83 Abs 2 nicht für gegeben hält (*BGH* GRUR 1964, 26 – Milburan; vgl auch *BGH* NJW 2003, 1126, 1127 zu § 574 ZPO). Die zugelassene Rechtsbeschwerde eröffnet dem Rechtsbeschwerdegericht die volle revisionsmäßige Überprüfung des angefochtenen Beschl, ohne dass es auf die Entsch der als Zulassungsgrund angeführten Rechtsfrage beschränkt ist (*BGHZ* 90, 318, 320 = GRUR 1984, 797 – Zinkenkreisel; *BGH* GRUR 1997, 360 f – Profilkrümmter; GRUR 1998, 394 – Active Line; GRUR 1998, 940 f – Sanopharm). 9

- 10 2. Beschränkte Zulassung.** Die Beschränkung der Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das BPatG auf bestimmte **abgrenzbare Verfahrensteile** (*BGH GRUR* 1978, 420 – Fehlerortung; *BGHZ* 88, 191, 193 f – Ziegelsteinformling; *BGH GRUR* 1994, 730 – VALUE; *GRUR* 2004, 331 – Westie-Kopf) oder auf die Partei, die allein durch die Entsch über die den Zulassungsgrund bildende Rechtsfrage beschwert ist (*BGH GRUR* 1993, 969 – Indorektal II), ist grds möglich; jedoch muss, weil idR von der unbeschränkten Wirkung einer Rechtsmittelzulassung auszugehen ist, eine solche Beschränkung ausdrücklich und unzweideutig entweder im Ausspruch der Zulassung selbst erklärt oder in dessen Begr ausgesprochen werden (*BGH GRUR* 1993, 969 – Indorektal II; *GRUR* 1994, 730 – VALUE; *GRUR* 2000, 603, 604 – Ketof/ETOP; *GRUR* 2000, 895 – EWING). Bleibt infolge unklarer Formulierung Raum für eine Auslegung der entspr Darlegungen des BeschwGer, so muss das Rechtsbeschwerdegericht zugunsten der oder des Beschwererten sowie im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsfortbildung von der unbeschränkten Zulassung der Rechtsbeschwerde ausgehen (*BGHZ* 88, 191, 194 = *GRUR* 1983, 725, 726 – Ziegelsteinformling). Eine vom BPatG ausgesprochene Beschränkung der Zulassung auf eine **bestimmte Rechtsfrage** oder einzelne rechtliche Gesichtspunkte ist unzulässig und bleibt ohne Wirkung, so dass die Rechtsbeschwerde als uneingeschränkt zugelassen gilt und der angefochtene Beschl nach Art einer Revision unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten zur Überprüfung steht (*BGHZ* 90, 318 = *GRUR* 1984, 797 – Zinkenkreisel; *BGH GRUR* 1991, 307 – Bodenwalze; *GRUR* 1993, 744 f – MICRO CHANNEL; *BGHZ* 130, 187, 191 = *GRUR* 1995, 732 – Füllkörper; *BGH GRUR* 1997, 360, 361 – Profilkrümmter; *GRUR* 1998, 394 – Active Line; *GRUR* 2004, 331 – Westie-Kopf; *GRUR* 2012, 378 Tz 8 – Installiereinrichtung II).
- 11 3. Keine Nichtzulassungsbeschwerde.** Hat das BPatG die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen, kann dagegen nicht mit der Rüge vorgegangen werden, die Nichtzulassung sei nicht oder nicht gehörig begründet worden (*BGH GRUR* 1964, 519, 521 – Damenschuh-Absatz; *GRUR* 1965, 502 – Gaselan); der BGH überprüft nicht, ob die Nichtzulassung sachlich gerechtfertigt war (*BGH GRUR* 1968, 59 – Golden Toast); die Nichtzulassung kann daher nicht mit der Begr angefochten werden, dass eine Pflicht zur Zulassung gem § 83 Abs 2 bestanden habe (*BGH GRUR* 1977, 214 f – Aluminiumdraht). Verschiedentlich ist zwar die Forderung erhoben worden, eine Nichtzulassungsbeschwerde einzuführen (vgl zB *Kraßer GRUR* 1980, 420 ff). Der Gesetzgeber hat dies aber nicht als erforderlich angesehen (vgl aml Begr, BT-Drucks 12/6581, 106). Dazu, ob im Falle einer willkürlichen Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde eine zulassungsfreie Rechtsbeschwerde auf den absoluten Rechtsbeschwerdegrund der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung (§ 83 III Nr 1) gestützt werden kann (so *Ströbele/Hacker/Knoll* § 83 Rn 31), hat der BGH noch nicht Stellung genommen.
- 12 4. Die einzelnen Zulassungsgründe. – a) Grundsatzbedeutung.** Gem § 83 Abs 2 Nr 1 ist die Rechtsbeschwerde zuzulassen, wenn eine Rechtsfrage von **grds Bedeutung** zu entscheiden ist. Da dieser Gesetzeswortlaut im Unterschied etwa zu der Regelung in § 543 bzw § 574 ZPO nicht auf die grds Bedeutung der „Rechtssache“, sondern der „Rechtsfrage“ abstellt, soll für die Zulassung der Rechtsbeschwerde – anders als für die Zulassung der Revision nach der ZPO (*BGH NJW* 2003, 1943, 1944) – die bes Wichtigkeit der Rechtssache in **wirtschaftlicher Hinsicht** nicht von Bedeutung sein (*Benkard/Rogge* § 100 PatG Rn 9; *Ströbele/Hacker/Knoll* § 83 Rn 18). Diese Differenzierung ist allerdings insoweit fragwürdig, als die wirtschaftliche Tragweite, die eine Rechtssache für die **Allgemeinheit** hat, idR zugleich auch der Entsch der sich in der Sache stellenden Rechtsfrage zukommen dürfte. Ebenso wie nach der Vorschrift des § 543 Abs 2 ZPO (vgl Begr RegE ZPO-ReformG, BT-Drucks 14/4722, 104 f) ist daher auch idR Prüfung des § 83 Abs 2 Grundsatzbedeutung zu bejahen, wenn Auswirkungen des Verfahrens auf die Allgemeinheit deren Interesse in ganz bes Maße berühren, wie zB das tatsächliche oder wirtschaftliche Gewicht der Sache für den beteilig-

ten Rechtsverkehr (vgl. *BGH* NJW 2003, 1943, 1944 zu § 543 Abs 1 Nr 1 ZPO; *BGH* NJW 2003, 3765 zu § 574 ZPO).

Erforderlich ist jedenfalls stets, dass die zu entscheidende Rechtsfrage von **allg Bedeutung** 13 ist (*BVerfG* NJW 1999, 207, 208). Die Beantwortung der Rechtsfrage muss für eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle entscheidungserheblich sein (BPatGE 3, 173, 178) und insofern eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung haben (*BVerwG* NJW 2001, 841; BPatGE 9, 263, 271) bzw das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berühren (*BVerfG* GRUR-RR 2009, 222, 223 – Achteckige Zigarettenschachtel). Damit allein, dass eine Sache für die Verfahrensbeteiligten selbst wirtschaftlich von Bedeutung ist, erlangt sie noch keine grds Bedeutung (*BVerfG* NJW 1999, 207, 208; *BGH* NJW 1979, 219; NJW 2003, 1943, 1944; NJW 2003, 3765; BPatGE 5, 192, 198). Die geringe praktische Relevanz einer Rechtsfrage ändert dagegen nichts an ihrer grds Bedeutung (BPatG GRUR 2013, 383, 385 – Aus Akten werden Fakten).

Die vom BPatG aufgeworfene Rechtsfrage muss außerdem **klärungsbedürftig** sein 14 (*BVerwG* NJW 2001, 841; *BGH* GRUR 1962, 163, 164 – Registriersystem). Fragen, die bereits in bestimmtem Sinne höchstrichterlich entschieden sind, können daher nicht erneut an das Rechtsbeschwerdegericht herangetragen werden (BPatGE 9, 263, 271; vgl aber auch Rn 17). Keine Einigkeit besteht darüber, ob die Klärungsbedürftigkeit einer Rechtsfrage das Bestehen eines **Meinungsstreits** im Schrifttum oder in der Rspr voraussetzt (bejahend: *BGH* NJW 2003, 65, 68; NJW 2003, 1943, 1944; NJW 2004, 2222, 2223; VersR 2005, 140; anders wohl: *BGH* ZIP 2004, 1653, 1654; vern: *Musielak/Ball* ZPO § 543 Rn 5a). Richtigerweise ist davon auszugehen, dass auch eine Frage, an der sich noch kein Meinungsstreit entzündet hat, klärungsbedürftig sein kann (ebenso: *Musielak/Ball* ZPO § 543 Rn 5a; *Gaier* NJW-Sonderheft, 2. Hannoveraner ZPO-Symposium, 20.9.2003, S 18, 20, der in einem solchen Fall allerdings nicht den Zulassungsgrund der Grundatzbedeutung, sondern denjenigen der Rechtsfortbildung für gegeben hält).

Bedenken gegen die **Verfassungsmäßigkeit** einer entscheidungserheblichen Rechtsnorm rechtfertigen die Zulassung der Rechtsbeschwerde (BPatG GRUR 1978, 710 – Rosenmontag). Grundsatzbedeutung ist auch dann anzunehmen, wenn zweifelhaft ist, wie Bestimmungen des MarkenG, für welche sich Vorgaben aus der MRL ergeben, richtlinienkonform auszulegen sind, oder wenn eine **Vorlage an den EuGH** nach Art 267 AEUV in Betracht kommt (vgl. *BGH* LRE 46, 279, 280; *BVerwG* NJW 1988, 664; *Musielak/Ball* ZPO, § 543 Rn 7). Zwar kann das BPatG eine entscheidungserhebliche Frage nach Art 267 Abs 2 AEUV dem EuGH auch selbst zur Entsch vorlegen. Es ist hierzu nach Art 267 Abs 3 AEUV sogar verpflichtet, wenn es die Rechtsbeschwerde nicht zulässt, wobei dies nicht (mehr) daraus folgen soll, dass das BPatG in einem solchen Fall die Stellung eines letztinstanzlichen Gerichts hat (so noch *BGH* GRUR 2003, 546, 548 – TURBO-TABS; vgl auch *Ströbele/Hacker/Knoll* § 83 Rn 59), sondern – nach der so genannten konkreten Theorie – daraus, dass gegen seine Entscheidung in diesem konkreten Fall ein ordentliches Rechtsmittel nicht gegeben ist (vgl. *BGH* GRUR 2013, 1046 Tz 16 – Variable Bildmarke). Dies ändert aber nichts daran, dass das BPatG in einem solchen Fall auch die Rechtsbeschwerde unter dem Gesichtspunkt der Grundsatzbedeutung zulassen kann.

Die Rechtsfrage muss schließlich **entscheidungserheblich** sein (*BGH* GRUR 1972, 538 – 16 Parkeinrichtung). Das ist nicht der Fall, wenn es auf die aufgeworfene klärungsbedürftige Rechtsfrage iE nicht ankommt, weil das BPatG seine Entsch vorrangig auf eine andere Begr gestützt hat.

**b) Rechtsfortbildung und -vereinheitlichung.** Gem § 83 Abs 2 Nr 2 ist die Rechtsbeschwerde ferner zuzulassen, wenn die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer ein- 17

heitlichen Rspr eine Entsch des BGH erfordert. Der Zulassungsgrund der **Rechtsfortbildung** ist nach der Rspr des BGH dann gegeben, wenn der Einzelfall Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen (*BGHZ* 151, 221, 225; *BGH NJW* 2003, 437). Anlass für die Aufstellung von Leitsätzen soll nur dann bestehen, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungweisenden Orientierungshilfe ganz oder tw fehlt (*BGHZ* 154, 288, 292; krit *Musielak/Ball ZPO*, § 543 Rn 7, der zu Recht darauf hinweist, dass für eine solche Einschränkung den Gesetzmateriale nichts zu entnehmen sei). Nach dieser Definition überschneiden sich die Zulassungsgründe der Grundsatzbedeutung und der Rechtsfortbildung weitgehend (vgl *Ströbele/Hacker/Knoll* § 83 Rn 24; *Ingerl/Rohnke* § 83 Rn 28; *Ullmann WRP* 2002, 593, 597; v *Gierke/Seiler NJW* 2004, 1497, 1498). Wie die an sich gebotene Abgrenzung vorzunehmen ist, ist im Schrifttum umstr (vgl zum Meinungsstand: *Traut Der Zugang zur Revision in Zivilsachen*, 2006, S 133 ff). Ein eigenständiger – über die Grundsatzbedeutung hinausgehender – Regelungsgehalt kommt dem Zulassungsgrund der Rechtsfortbildung dann zu, wenn man ihn richtigerweise für den Fall eingreifen lässt, dass eine Rechtsfrage zwar schon höchstrichterlich entschieden ist, diese Entsch des BGH bei einem Tatsachengericht oder im Schrifttum jedoch (erneut) auf Bedenken oder Widerspruch gestoßen ist (*BSG NJW* 1971, 78; *NJW* 1976, 911) oder aufgrund von im Beschwerdeverfahren vorgetragener Gesichtspunkte oder anderweitig gewonnener neuer Erkenntnisse des BPatG aus dessen Sicht korrekturbedürftig erscheint (vgl auch v *Gierke/Seiler JZ* 2003, 403, 408).

- 18** Der Zulassungsgrund der **Sicherung einer einheitlichen Rspr** kommt iRd § 83 Abs 2 Nr 2 nur in **Divergenzfällen** in Betracht, dh dann, wenn das BPatG von der Entsch eines gleich- oder höherrangigen Gerichts abweichen will, also insb von einer Entsch des BGH, eines anderen Senats des BPatG oder eines OLG. Als höher- bzw gleichrangige Gerichte in diesem Sinne dürften wohl auch der EuGH und das Europäische Gericht erster Instanz anzusehen sein (nicht eindeutig: *BGH GRUR* 2008, 1002 Tz 27 – Schuhpark). Keine Notwendigkeit zur Zulassung der Rechtsbeschwerde besteht dagegen, wenn der Beschwerdesenat lediglich von seiner eigenen Rspr abweicht, wenn sich die Rspr des BPatG inzwischen auch ohne klare Stellungnahme des BGH iSd betr Entsch des Beschwerdesenats vereinheitlicht hat (*BPatGE* 17, 11, 13) oder wenn der Senat, von dessen Rspr abgewichen wird, auf Anfrage erklärt hat, er halte an seiner Rspr nicht fest. Eine Divergenzzulassung setzt ferner voraus, dass die Abweichung auf der unterschiedlichen Beantwortung ein und derselben Rechtsfrage und nicht lediglich auf unterschiedlicher tatrichterlicher Beurteilung desselben Lebenssachverhalts beruht (*BGHZ* 154, 288, 292 f; *BGH NJW* 2004, 367, 368; *NJW* 2004, 1167). Das Zulassungskriterium der Divergenz liegt auch dann vor, wenn sich das BPatG zwar in Übereinstimmung mit der Rspr des BGH befindet, zu ein und derselben Rechtsfrage aber eine abw Entsch eines gleichrangigen Gerichts oder Spruchkörpers vorliegt, die vom BGH noch nicht korrigiert oder bestätigt worden ist. Auch in einem solchen Fall bedarf es einer höchstrichterlichen Klarstellung, welche der unterschiedlichen Auffassungen der BGH für zutr hält (vgl *Ströbele/Hacker/Knoll* § 83 Rn 25). Außerdem kommt in einem solchen Fall auch eine Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Rechtsfortbildung in Betracht (vgl Rn 17). Eine Abweichung von einer Entscheidung des DPMA ist dagegen für eine Divergenzzulassung nicht ausreichend (*BPatG GRUR* 2003, 796, 798 – @activeIO). Symptomatische Rechtsanwendungsfehler kommen – anders als im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO (vgl *BGHZ* 154, 288, 294) oder der Rechtsbeschwerde nach § 574 ZPO (*BGH NJW* 2004, 688; *NJW* 2002, 3029, 3030) – iRd § 83 Abs 2 Nr 2 Alt 2 als Zulassungskriterium nicht in Betracht, weil das über die Zulassung der Rechtsbeschwerde selbst entscheidende BPatG davon auszugehen hat, eine prozessual und materiell richtige Sachentscheidung getroffen zu haben.