

## **Auszug aus dem Entscheid der Gerichtsleitung des Bundespatentgerichts i.S. A. AG gegen B. Inc. vom 16. Januar 2013**

### **Regeste:**

**Art. 47 ZPO;** Ein Ausstandsbegehren kann nicht mit einem Sachverhalt begründet werden, der sich noch nicht verwirklicht hat und von dem nicht feststeht, ob er sich je verwirklichen wird.

**Art. 47 CPC;** une demande de récusation ne peut pas être motivée par un fait qui n'est pas encore advenu et dont il n'est pas encore certain qu'il se réalisera vraiment.

**Art. 47 CPC;** una domanda di ricusazione non può essere motivata adducendo fatti non ancora avvenuti e dei quali ancora non è dato sapere se mai si verificheranno.

**Art. 47 CPC;** A request for recusal cannot be submitted on the basis of facts that have not yet materialised and for which there is no certainty that they may ever materialise.

### **Aus den Erwägungen:**

2. In der Folge erstattete der Referent am 16. September 2012 sein Fachrichtervotum, welches den Parteien unter Fristansetzung zur Stellungnahme übermittelt wurde.

3. Mit ihrer Stellungnahme vom 26. Oktober 2012 stellte die Beklagte folgende Anträge:

1. Auf das Fachrichtervotum des Referenten sei nicht abzustellen.

2. Es sei ein Mediziner oder Pharmakologe, der sich mit der Entwicklung von Medikamenten zur Behandlung von androgener Alopezie beschäftigt, als gerichtlicher Sachverständiger zu bestellen.

3. Die vom gerichtlichen Sachverständigen zu beantwortenden Fragen seien den Parteien zur Stellungnahme vorzulegen.

4. Der Referent habe im vorliegenden Verfahren in den Ausstand zu treten, eventualiter sei er in den Ausstand zu versetzen.

[...]

Betreffend Antrag 4, der Referent habe in den Ausstand zu treten, eventualiter sei er in den Ausstand zu versetzen, führt die Beklagte aus, der Ausstand von Gerichtspersonen sei in Art. 47 ZPO geregelt. Nach der zu Art. 47 ZPO ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts habe jede Person Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Richter beurteilt werde (BGer vom 27. Juni 2012, 4A\_3/2012). Diese bundesgerichtlichen Anforderungen wären vorliegend gerade nicht erfüllt, wenn der Referent im Spruchkörper verbleiben würde. Von einem Fachrichter, der bereits ein Fachrichtervotum schriftlich abgegeben habe, könne nicht erwartet werden, dass er sich mit einer Zweitbeurteilung durch einen gerichtlichen Sachverständigen unbefangen, unvoreingenommen und unparteiisch auseinandersetze. Der Referent müsse daher in den Ausstand treten.

[...]

**8.** Die Behandlung von Ausstandsbegehren fällt in die Zuständigkeit der Gerichtsleitung (Art. 11 GR-PatGer).

Die Beurteilung in der Sache ist hingegen der Spruchkammer vorbehalten.

**9.** Die Beklagte begründet ihr Ausstandsbegehren gegen den Referenten ausschliesslich damit, dass ein Fachrichter, der bereits ein Fachrichtervotum abgegeben habe, sich durch seine eigene Erstbeurteilung leiten lasse und sich mit einer Zweitbeurteilung durch einen gerichtlichen Sachverständigen nicht mehr unbefangen und erst recht nicht unvoreingenommen auseinandersetze.

Die Beklagte legt ihrem Ausstandsbegehren demnach den Sachverhalt zugrunde, dass die Spruchkammer, weil sie das Fachrichtervotum für nicht verwendbar hält, einen gerichtlichen Sachverständigen bestellt hat, dessen Gutachten die Spruchkammer nun zu beurteilen hat. Damit greift die Beklagte dem Entscheid der Spruchkammer vor. Es wird Sache der Spruchkammer sein, das Fachrichtervotum – unter Berücksichtigung der Stellungnahmen der Parteien – zu würdigen und über das weitere Vorgehen zu entscheiden. Erst wenn und falls die Spruchkammer zum Schluss kommen sollte, es müsse ein Gutachten eingeholt werden, wäre der Sachverhalt gegeben, von dem die Beklagte ausgeht. Gegenwärtig ist ein solcher Sachverhalt aber nicht gegeben. Damit fehlt dem Ausstandsbegehren die Grundlage. Das führt zur Abweisung des Ausstandsbegehrens.

[...]

**10.** Der Vollständigkeit halber bleibt anzufügen, dass das Argument der Klägerin, die Beklagte hätte die behauptete fehlende Qualifikation des Referenten umgehend rügen müssen, nachdem dieser als Referent benannt worden sei, kein Thema des Ausstands ist.

Die Beklagte macht zu Recht nicht geltend, der Referent müsse in den Ausstand treten, weil er nicht über das Wissen des hypothetischen Fachmannes verfüge, denn das wäre ganz offensichtlich kein Ausstandsgrund. Was die Beklagte hingegen, und zwar schon damals, hätte geltend machen können, allenfalls schon hätte geltend machen müssen, ist, dass der Referent das zur Erstellung des Fachrichtervotums erforderliche Fachwissen abgehe. Nachdem die Beklagte dies erst nach Vorliegen des Fachrichtervotums vorbringt, stellt sich die Frage, ob die Beklagte damit noch zu hören ist. Dies ist aber an der Spruchkammer zu entscheiden.

[...]

(rechtskräftig)