



# BUNDESPATENTGERICHT

35 W (pat) 9/09

---

**(Aktenzeichen)**

## BESCHLUSS

**In der Beschwerdesache**

...

**betreffend das Gebrauchsmuster 20 2006 006 252**

**(hier: Kostenfestsetzung)**

hat der 35. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 9. Juli 2009 durch den Vorsitzenden Richter Müllner sowie die Richter Baumgärtner und Eisenrauch

beschlossen:

- 1.) Die Beschwerde der Kostenschuldnerin wird zurückgewiesen.
- 2.) Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Kostenschuldnerin.

**Gründe**

**I.**

Der Kostengläubiger hatte am 22. Dezember 2006 beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) den Antrag gestellt, das zu Gunsten der Kostenschuldnerin eingetragene Gebrauchsmuster 20 2006 006 252.1 mit der Bezeichnung „Bauwerk in Blockbauweise“ wegen fehlender Schutzfähigkeit seines Gegenstandes gemäß §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 GebrMG zu löschen. Die Kostenschuldnerin hat dem Löschungsantrag nicht widersprochen, sondern noch innerhalb der Widerspruchsfrist auf das Gebrauchsmuster verzichtet und gleichzeitig beantragt, dem Kostengläubiger die Kosten des Lösungsverfahrens aufzuerlegen. Am 14. Juni 2007 war dem Vertreter der Kostenschuldnerin daraufhin ein mit Rechtsmittelbelehrung versehener Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung II des DPMA vom 6. Juni 2007 zugestellt worden, mit dem nicht dem Kostengläubiger, sondern der Kostenschuldnerin die Kosten des Lösungsverfahrens auferlegt worden waren; bei diesem „Beschluss“ hatte es sich - wie sich später herausstellte - lediglich um einen

Entwurf gehandelt hatte, der von den Mitgliedern der Gebrauchsmusterabteilung nicht unterschrieben worden war. Die Kostenschuldnerin hat gegen diesen Beschluss am 2. Juli 2007 Beschwerde eingelegt, die das Aktenzeichen 5 W (pat) 11/07 erhalten hat; die tarifgemäße Beschwerdegebühr hatte die Kostenschuldnerin ordnungsgemäß entrichtet.

Mit Beschluss vom 18. Juli 2007 hat die Gebrauchsmusterabteilung eine dem „Beschluss“ vom 6. Juni 2007 entsprechende Kostenentscheidung nachgeholt, die dem Vertreter der Kostenschuldnerin mit Rechtsmittelbelehrung am 20. Juli 2007 zugestellt worden war. Die Kostenschuldnerin hat hierauf mit einer Eingabe vom 10. August 2007 reagiert, die am 11. August 2007 beim Bundespatentgericht einging und die die Erklärung enthielt, dass die gegen den Beschluss vom 6. Juni 2007 eingelegte Beschwerde *„gleichermaßen den inhaltlich identischen Beschluss vom 18. Juli 2007“* betreffen solle. Hierauf hat der Senat mit Bescheid vom 1. Februar 2008 der Kostenschuldnerin und dem Kostengläubiger als Parteien des Beschwerdeverfahren 5 W (pat) 11/07 den rechtlichen Hinweis gegeben, dass voraussichtlich festzustellen sein werde, dass der „Beschluss“ vom 6. Juni 2007 wirkungslos sei und dass die Beschwerde gegen den Beschluss vom 18. Juli 2007 mangels Zahlung der Beschwerdegebühr als nicht eingereicht gelte. Zu dem im Bescheid zusätzlich enthaltenen Einigungsvorschlag hat die Kostenschuldnerin mit Eingabe vom 25. Februar 2008 erklärt: *„Unbeschadet vorstehender Ausführungen wird bei Übereinstimmung mit der Gegenseite dem Vorschlag des 5. Senats folgend hiermit dieser Rechtsstreit als beendet erklärt und auf Kostenerstattung verzichtet.“*

Mit Eingabe vom 28. Februar 2008, die am 29. Februar 2008 beim Bundespatentgericht eingegangen war, hat auch der Kostengläubiger das Beschwerdeverfahren für erledigt erklärt und auf eine Erstattung der ihm im Beschwerdeverfahren angefallenen Kosten verzichtet.

Nachdem vom zuständigen Rechtspfleger die Erledigung des Beschwerdeverfahrens 5 W (pat) 11/07 festgestellt worden war, hat die Gebrauchsmusterabteilung II des DPMA auf der Grundlage der Kostenentscheidung vom 18. Juli 2007 mit einem Beschluss vom 7. November 2008 zu Lasten der Kostenschuldnerin die dem Kostengläubiger zu erstattenden Kosten des patentamtlichen Lösungsverfahrens auf 1.150,-- €, verzinslich ab dem 2. Juni 2008 mit 5% über dem Basiszinsatz, festgesetzt.

Gegen diesen Kostenfestsetzungsbeschluss wendet sich die Kostenschuldnerin mit der vorliegenden, am 10. Dezember 2008 erhobenen Beschwerde. Ihre Beschwerde hat sie damit begründet, dass die als Grundlage für die angegriffene Kostenfestsetzung dienende Kostenentscheidung vom 18. Juli 2007 keine Rechtskraft erlangt habe. Ihre gegen die Kostenentscheidung vom 18. Juli 2007 gerichtete Beschwerde sei weder zurückgenommen worden noch liege eine übereinstimmende Erledigungserklärung der beteiligten Parteien vor. Hieraus folge, dass der angegriffene Kostenfestsetzungsbeschluss vom 7. November 2008 rechtswidrig sei und aufgehoben werden müsse.

Die Kostenschuldnerin beantragt,

den Kostenfestsetzungsbeschluss vom 7. November 2008 aufzuheben und ihr die Beschwerdegebühr zurückzuzahlen.

Der Kostengläubiger beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

## II.

1.) Die am 10. Dezember 2008 von der Kostenschuldnerin eingelegte Beschwerde ist zulässig, insbesondere auch fristgerecht innerhalb der Zweiwochenfrist des § 62 Abs. 2 Satz 4 PatG (in Verbindung mit § 17 Abs. 4 Satz 2 GebrMG) eingelegt worden. Aus dem vom Vertreter der Kostenschuldnerin ausgestellten Empfangsbekenntnis ergibt sich, dass diesem der Kostenfestsetzungsbeschluss erst am 3. Dezember 2008 zugegangen war. Die tarifgemäße Beschwerdegebühr hat die Kostenschuldnerin ebenfalls am 10. Dezember 2008 und damit ebenfalls fristgerecht entrichtet.

2.) Die zulässige Beschwerde hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Der angefochtene Kostenfestsetzungsbeschluss ist in zulässiger Weise ergangen und erweist sich auch im Übrigen als nicht zu beanstanden.

a.) Gemäß § 103 Abs. 1 ZPO, der über § 17 Abs. 4 Satz 2 GebrMG und § 62 Abs. 2 Satz 3 PatG auch im vorliegenden Zusammenhang zu beachten ist, kann eine Partei solche Kosten, die ihr im Zusammenhang mit einem Gebrauchsmustertilgungsverfahren entstanden sind, nur auf der Grundlage eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Kostenfestsetzungsbeschlusses geltend machen. Der Erlass eines solchen Beschlusses setzt - worauf die Kostenschuldnerin durchaus zutreffend hingewiesen hat - eine rechtskräftige Kosten(grund)entscheidung im Sinne von §§ 704, 705 ZPO voraus (vgl. Bühring, GbmG, 7. Aufl., § 17 Rdn. 118, 121; BPatGE 21, 27 f.). Die Kostenschuldnerin irrt jedoch, indem sie meint, dass die Kostenentscheidung vom 18. Juli 2007 nicht rechtskräftig geworden wäre und dem hier in Rede stehenden Kostenfestsetzungsbeschluss nicht hätte zu Grunde gelegt werden dürfen.

aa.) Die Kostenentscheidung vom 18. Juli 2007, die dem Vertreter der Kostenschuldnerin am 20. Juli 2007 zugestellt worden war, muss bereits deshalb als in Rechtskraft erwachsen angesehen werden, weil es die Kostenschuldnerin unter-

lassen hat, die in Höhe von 200,-- € fällig gewordene Beschwerdegebühr zu zahlen (vgl. Anhang zu § 2 PatKostG, Gebührentatbestand Nr. 401 300). Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob die Eingabe der Kostenschuldnerin vom 10. August 2007, die am 11. August 2007 beim Bundespatentgericht eingegangen war, überhaupt als wirksam eingelegte, weitere Beschwerde angesehen werden kann, wonach die gegen den Beschluss vom 6. Juni 2007 eingelegte Beschwerde „*gleichermaßen den inhaltlich identischen Beschluss vom 18. Juli 2007*“ betreffen sollte.

Die Kostenschuldnerin hat zwar am 4. Juli 2007 eine Beschwerdegebühr in tarifgemäßer Höhe von 200,-- € gezahlt. Diese Gebühreuzahlung bezog sich jedoch auf die am 2. Juli 2007 gegen die Kostenentscheidung vom 6. Juni 2007 eingelegte Beschwerde. Bei der Kostenentscheidung vom 18. Juli 2007 handelte es sich aber um einen weiteren, selbständigen Beschluss, gegen den - um den Eintritt der Rechtskraft zu verhindern - in gleicher Weise hätte Beschwerde eingelegt und die entsprechende Gebühr hätte entrichtet werden müssen. Der Umstand, dass es sich bei der mit der ersten Beschwerde angegriffenen Kostenentscheidung vom 6. Juni 2007 um einen inhaltsgleichen „Scheinbeschluss“ zur später ergangenen Kostenentscheidung vom 18. Juli 2007 gehandelt hat, ändert hieran nichts, weil - worauf der Senat die Kostenschuldnerin bereits im Rahmen des Beschwerdeverfahrens 5 W (pat) 11/07 mehrfach hingewiesen hatte - auch gegen eine Scheinentscheidung wirksam Beschwerde erhoben werden kann (vgl. Schulte, PatG, 8. Aufl., § 73 Rdn. 37). Dies bedeutet, dass die am 4. Juli 2007 von der Kostenschuldnerin zur Begleichung der Beschwerdegebühr geleistete Zahlung auf eine bestehende Schuld geleistet worden ist, damit verfallen war und somit nicht mehr für eine weitere Beschwerde verwendet werden konnte.

Nach den zwingenden Regelungen von § 6 Abs. 2 PatKostG und § 73 Abs. 2 Satz 1 PatG (in Verbindung mit § 18 Abs. 2 GebrMG) hatte die Nichtzahlung der Beschwerdegebühr zur Folge, dass eine gegebenenfalls wirksam von der Kostenschuldnerin gegen die Kostenentscheidung vom 18. Juli 2007 erhobene Beschwerde jedenfalls mit fruchtlosem Ablauf der am 20. August 2007 endenden, 1-

monatigen Zahlungsfrist als nicht eingelegt galt und die Kostenentscheidung vom 18. Juli 2007 bereits zu diesem Zeitpunkt in Rechtskraft erwachsen war.

bb.) Selbst für den Fall, dass man das Beschwerdeverfahren 5 W (pat) 11/07 hinsichtlich der Kostenentscheidung vom 18. Juli 2007 als noch anhängig unterstellen wollte, irrt die Kostenschuldnerin jedenfalls insoweit, als sie eine - unter diesen Umständen - wirksame Beendigung des Beschwerdeverfahren durch eine übereinstimmende Erledigungserklärung in Zweifel zieht. Die vom Vertreter der Kostenschuldnerin mit Eingabe vom 25. Februar 2008 abgegebene Erklärung, wonach *„unbeschadet vorstehender Ausführungen bei Übereinstimmung mit der Gegenseite dem Vorschlag des 5. Senats folgend hiermit dieser Rechtsstreit als beendet erklärt und auf Kostenerstattung verzichtet (wird),“* stellt eine eindeutige und unbedingte Erledigungserklärung dar, die sich die Kostenschuldnerin zurechnen lassen muss.

Nach der hier als relevant zu Grunde zu legenden, objektiven Erklärungsbedeutung, war diese Erklärung so zu verstehen, dass sie auch für den Fall ihre erledigende Wirkung entfalten sollte, dass der Kostengläubiger nur das Beschwerdeverfahren für erledigt erklären würde und sich sein Verzicht lediglich auf eine Erstattung der ihm im Beschwerdeverfahren angefallenen Kosten beziehen sollte. Diese Erklärungsbedeutung ergibt sich aus der in der Erklärung vom 25. Februar 2008 enthaltenen Bezugnahme auf den *„Vorschlag des 5. Senats“* (vgl. Bescheid vom 1. Februar 2008), dessen Kernaussage gerade in der Ankündigung bestand, dass voraussichtlich (mangels Zahlung der Beschwerdegebühr) die gegen die Kostenentscheidung 18. Juli 2007 eingelegte Beschwerde als nicht erhoben festgestellt werden würde und daher billigerweise eine gegenseitige Kostenaufhebung (nur) hinsichtlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens festzustellen sein würde. Angesichts dieser Prognose musste der Kostenschuldnerin klar sein, dass der Kostengläubiger in Erwartung des für ihn siegreichen Ausgangs des Rechtsmittelverfahrens keine Veranlassung haben würde, auf die ihm bereits von der Gebrauchsmusterabteilung zugesprochene Erstattung seiner im patent-

amtlichen Lösungsverfahrens angefallenen Kosten zu verzichten, und dass - was hier von größerer Bedeutung ist - ein solches, völlig inakzeptables Ansinnen nicht Ziel des vom 5. Senat mit Bescheid vom 1. Februar 2008 unterbreiteten Vorschlags war und auch bei verständiger Würdigung nicht gewesen sein konnte.

Sollte sich der Vertreter der Kostenschuldnerin über den Inhalt seiner abgegebenen Erledigungserklärung geirrt haben, so wäre dies im Übrigen unbeachtlich. Erledigungserklärungen sind weder widerruflich und noch kommt ihre Anfechtung wegen eines Erklärungsirrtums in Betracht kommt (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl., § 91a Rdn. 15 - m. w. N.).

Letztlich ist somit davon auszugehen, dass mit Zugang der Erledigungserklärung des Kostengläubigers vom 28. Februar 2008 beim Bundespatentgericht am 29. Februar 2008, die auf die zuvor bereits dort eingegangene Erledigungserklärung der Kostenschuldnerin vom 25. Februar 2008 traf, zwei übereinstimmende und wirksame Erledigungserklärungen der Parteien vorlagen, die das Beschwerdeverfahren 5 W (pat) 11/07 zu einem Ende brachten und dass damit - spätestens zu diesem Zeitpunkt - die Kostenentscheidung vom 18. Juli 2007, die dem hier angefochtenen Kostenfestsetzungsbeschluss vom 7. November 2008 zu Grund liegt, in Rechtskraft erwachsen war.

b.) Der angegriffene Kostenfestsetzungsbeschluss erweist sich auch in der Sache als richtig. Dies gilt auch für die antragsgemäß auf der Grundlage von § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO ab dem 2. Juni 2008 gewährte Verzinsung, die nur für die Zeit nach Rechtskraft des Beschlusses vom 18. Juli 2007 zugesprochen werden durfte (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl., § 104 Rdn. 16; Bühring, GbmG, 7. Aufl., § 17 Rdn. 121). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall gegeben, da dies nach der vorstehend erörterten Rechtslage auf die Kostenentscheidung vom 18. Juli 2007 spätestens ab dem 29. Februar 2008 zutraf.



3.) Die im Tenor dieses Beschlusses ausgesprochene Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, der über § 18 Abs. 2 Satz 2 GebrMG und § 84 Abs. 2 PatG hier ebenfalls anwendbar ist. Hiernach fallen die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens der Kostenschuldnerin zur Last, weil ihre Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist und auch die Billigkeit keine andere Entscheidung erfordert. Für eine Erstattung der Beschwerdegebühr bestand somit kein Raum.

Müllner

Baumgärtner

Eisenrauch

Pr