



BUNDESPATENTGERICHT

35 W (pat) 1/17

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend das Gebrauchsmuster 20 2009 015 225

(hier: Beschwerde gegen Kostenentscheidung)

hat der 35. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 15. Juli 2019 durch den Vorsitzenden Richter Metternich sowie die Richterin Bayer und den Richter Eisenrauch

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts vom 28. Oktober 2016 aufgehoben.
2. Die Kosten des patentamtlichen Lösungsverfahrens werden dem Antragsgegner auferlegt.
3. Soweit die Antragstellerin daneben die Feststellung beantragt, dass der Antragsgegner zur Tragung der Kosten des patentamtlichen Lösungsverfahrens verpflichtet sei, wird die Beschwerde zurückgewiesen.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat der Antragsgegner zu tragen.

Gründe

I.

Der Antragsgegner war Inhaber des am 25. März 2010 beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) mit den Schutzansprüchen 1 – 13 eingetragenen Gebrauchsmusters 20 2009 015 225 (Streitgebrauchsmuster) mit der Bezeichnung „Geschossfanganlage“.

Gestützt auf das Streitgebrauchsmuster hatte der Antragsgegner mit anwaltlichem Schreiben vom 13. März 2014 eine Berechtigungsanfrage an die Antragstellerin gerichtet. Im gleichen Jahr hatte der Antragsgegner auch gegenüber einer Abnehmerin der Antragstellerin, die eine Geschosfangkammer mit Kunststoffgranulat gemäß Streitgebrauchsmuster bestücken wollten, sich seines Schutzrechts berührt.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 25. September 2014, das einem vergleichbaren Schreiben vom 25. April 2014 nachgefolgt war, hatte sich die Antragstellerin ihrerseits an den Antragsgegner gewandt und ihm u. a. Folgendes mitgeteilt:

„ ...

Nach alledem steht fest, dass Ihrem Auftraggeber gegenüber unserer Mandantin keine Rechte aus dem eingetragenen Gebrauchsmuster zustehen. Es wird im Gegenteil hier die Möglichkeit gesehen, dass unsere Mandantin ihrerseits im Wege des Lösungsverfahrens gegen das Gebrauchsmuster Ihres Auftraggebers vorgehen kann. Hierzu wird unsere Mandantin zu ihrem eigenen Schutz und dem Schutz ihrer Abnehmer gezwungen sein, wenn Ihre Auftraggeberin nicht bereit ist zu bestätigen, was folgt:

1.

Herrn B... stehen gegenüber der S... GmbH aus dem Gebrauchsmuster DE 20 2009 015 225 keine irgendwie gearteten Ansprüche zu. Vorsorglich verzichtet Herr B... auf vermeintliche Ansprüche aus dem erwähnten Gebrauchsmuster. Der Verzicht bezieht sich auch auf die Inanspruchnahme von Zulieferern, Interessenten, Abnehmern und sonstigen verbundenen Unternehmen der S... GmbH.

2. ...

3. ...

Für den Eingang der Bestätigung setzen wir Ihrem Mandanten eine Frist bis zum

15.10.2014

(hier eingehend).

Für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs weisen wir bereits jetzt darauf hin, dass wir unserer Mandantin zur umgehenden Einleitung entsprechender rechtlicher Schritte raten werden, wobei auch die Erhebung einer negativen Feststellungsklage ausdrücklich vorbehalten bleibt.

... “

Dem Schreiben war in Auszügen (Inhaltsverzeichnis und Fazit) ein Rechtsgutachten beigelegt gewesen, aus dem sich nach Auffassung der Antragstellerin ergab, dass aus dem Streitgebrauchsmuster keine Ansprüche gegen die Antragstellerin bestanden hätten.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 14. Oktober 2014 hat der Antragsgegner auf das vorstehende Schreiben der Antragstellerin geantwortet und ihr mitgeteilt, dass er „zurzeit die gewünschte Verzichtserklärung hinsichtlich eines eventuellen Vorgehens wegen einer möglichen Gebrauchsmusterverletzung nicht abgeben“ werde, sondern den Vorgang nochmals detaillierter überprüfen wolle.

Am 29. Januar 2015 hat die Antragstellerin beim DPMA den Antrag gestellt, das Streitgebrauchsmuster im Umfang der Schutzansprüche 1 bis 3 und 6 bis 13 teilweise zu löschen, wobei der Löschungsantrag dem Antragsgegner erst nach längerer Zeit, nämlich erst am 21. April 2015, zugestellt wurde.

Vor Zustellung des Löschungsantrags war der Antragsgegner mit Schreiben der Antragstellerin vom 10. März 2015 darüber informiert worden, dass der Löschungsantrag bereits eingereicht worden und beim DPMA anhängig sei. Daraufhin hat der Antragsgegner mit einem an das DPMA gerichteten Schreiben vom 2. April 2015 gegenüber diesem auf das Streitgebrauchsmuster verzichtet und gleichzeitig erklärt, dass er aus dem Streitgebrauchsmuster - auch bezogen auf die Vergangenheit - keine Ansprüche mehr geltend machen würde.

Erst nach Eingang des Verzichtsschreibens des Antragsgegners ist – mit Amtsschreiben vom 15. April 2015 – der Löschungsantrag dem Antragsgegner zugestellt worden, und zwar am 21. April 2015.

Der Antragsgegner hat hierauf mit Schriftsatz vom 13. Mai 2015 erklärt, dass für eine Erledigung der Hauptsache kein Raum sei, weil seine Verzichtserklärung vor Zustellung des Löschungsantrags an ihn erfolgt sei, und für eine Fortführung des Verfahrens kein Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin bestehe. Hilfsweise stimme sie einer Erledigung der Hauptsache zu und beantrage, der Antragstellerin die Kosten des Lösungsverfahrens entsprechend § 93 ZPO aufzuerlegen. Die Antragstellerin hat ihrerseits mit Schriftsatz vom 19. Mai 2015 das Lösungsverfahren in der Hauptsache für erledigt erklärt und Kostenauflegung zu Lasten des Antragsgegners beantragt.

Nachdem die Beteiligten mit Schriftsätzen vom 19. Juni 2015 bzw. 10. August 2015 zu ihren gegensätzlichen Auffassungen weiter vorgetragen haben, hat die Gebrauchsmusterabteilung des DPMA sodann mit Bescheid vom 9. November 2015 den Verfahrensbeteiligten als vorläufige Auffassung mitgeteilt, dass der Löschungsantrag wegen des zwischenzeitlich erklärten Verzichts unzulässig geworden und hierdurch das Lösungsverfahren in der Hauptsache erledigt sei. Stimme die Antragsgegnerin der Erledigungserklärung der Antragstellerin nicht zu, komme eine „privilegierte Antragsrücknahme“ nach § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO in Betracht, habe die Gebrauchsmusterabteilung nach billigem Ermessen über die

Kosten zu entscheiden. Dasselbe gelte, wenn die Beteiligten die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärten. Falls die Antragstellerin das Lösungsverfahren als Feststellungsverfahren fortführen wolle, sei ein entsprechendes Rechtsschutzinteresse erforderlich, dessen Vorliegen aber zweifelhaft sei.

In ihrer Stellungnahme vom 10. Dezember 2015 auf diese Hinweise hat die Antragstellerin erklärt, eine Umstellung des Lösungs- auf einen Feststellungsantrag komme für sie nicht in Betracht, eine übereinstimmende Erledigungserklärung sei seitens des Antragsgegners nicht erfolgt und nicht zu erwarten, es komme für sie aber eine Umstellung auf den Antrag, festzustellen, dass der Antragsgegner die Kosten zu tragen habe, in Betracht; eine Erklärung nach § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO gebe sie nur hilfsweise ab.

Die Gebrauchsmusterabteilung hat den Beteiligten daraufhin mit ergänzendem Hinweis vom 22. Dezember 2015 mitgeteilt, dass sie Bedenken bezüglich der Zulässigkeit des Antrags der Antragstellerin habe, die Kostentragungspflicht nach § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO festzustellen und eine Kostenentscheidung nach § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO treffen werde.

Der Antragsgegner und die Antragstellerin haben hierauf mit Eingaben vom 20. Januar bzw. 27. Januar 2016 reagiert. Die Antragstellerin hat in erster Linie beantragt, mit Beschluss festzustellen, dass der Antragsgegner zur Kostentragung verpflichtet sei. Letztlich haben beide - die Antragstellerin allerdings nur hilfsweise - beantragt, die Kosten des patentamtlichen Lösungsverfahrens der jeweils anderen Seite aufzuerlegen.

Mit Beschluss vom 28. Oktober 2016 hat die Gebrauchsmusterabteilung des DPMA den Feststellungsantrag der Antragstellerin als unzulässig zurückgewiesen und sodann im Wege einer isolierten Kostenentscheidung die Kosten des patentamtlichen Lösungsverfahrens der Antragstellerin auferlegt. Wenn der Verzicht auf das Gebrauchsmuster zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit des Lö-

suchungsantrags erklärt worden sei - so wie dies hier geschehen sei -, trage in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO der Antragsteller das Kostenrisiko, wenn ihm der Antragsgegner keine Veranlassung zum Löschungsantrag gegeben habe. Der in § 93 ZPO zum Ausdruck kommende Grundgedanke sei im Rahmen der Billigkeitserwägungen heranzuziehen. Im vorliegenden Fall wäre hierzu eine vor Einreichung des Löschungsantrags von der Antragstellerin an den Antragsgegner gerichtete Aufforderung zum Verzicht oder zur Löschung des Streitgebrauchsmusters notwendig gewesen. Die vorgelegte Korrespondenz der Beteiligten zeige nicht, dass eine Löschungs- bzw. Verzichtsaufforderung seitens der Antragstellerin beim Antragsgegner ohne Wirkungen geblieben wäre. Das Schreiben des anwaltlichen Vertreters der Antragstellerin vom 25. April 2014, das dieser an den anwaltlichen Vertreter des Antragsgegners gerichtet hatte, habe keine eindeutige Löschungs- bzw. Verzichtsaufforderung enthalten.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin vom 30. November 2016. Sie ist der Auffassung, dass die Gebrauchsmusterabteilung die Korrespondenz, die die Beteiligten vor Einleitung des Lösungsverfahrens geführt hatten, nicht hinreichend beachtet habe. Insbesondere sei im angefochtenen Beschluss das anwaltliche Schreiben der Antragstellerin vom 25. September 2014 unberücksichtigt geblieben, mit dem der Antragsgegner unter Lösungsandrohung aufgefordert worden sei, auf die Geldendmachung von Ansprüchen aus dem Streitgebrauchsmuster zu verzichten. Dies habe der Antragsgegner aber mit Schreiben vom 14. Oktober 2014 ausdrücklich abgelehnt. Dadurch, und weil der Antragsgegner weiterhin unvermindert die Geltendmachung von Rechten aus dem Streitgebrauchsmuster angedroht habe, sei der spätere Löschungsantrag veranlasst gewesen.

Die Antragstellerin verfolgt ihr Begehren nach wie vor mit einem Antrag auf allgemeine Feststellung, dass den Antragsteller die Kostentragungspflicht treffe, weiter.

Die Antragstellerin beantragt (sinngemäß),

den Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts vom 28. Oktober 2016 aufzuheben und festzustellen, dass der Antragsgegner zur Tragung der Kosten des patentamtlichen Lösungsverfahrens verpflichtet sei, hilfsweise unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses dem Antragsgegner die Kosten des Lösungsverfahrens aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er hält den angefochtenen Beschluss in jeder Hinsicht für zutreffend. Zu Recht sei der Feststellungsantrag der Antragstellerin als unzulässig zurückgewiesen worden, da die Antragstellerin hierfür kein Rechtsschutzbedürfnis besessen habe. Sofern die Möglichkeit bestehe, einen Antrag zu stellen, der auf mehr als eine reine Feststellung gerichtet sei, müsse ein solcher, weitergehender Antrag gestellt werden. In der Sache sei davon auszugehen, dass die Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung nicht durch den Inhalt des Schreibens der Antragstellerin vom 25. September 2014 in Frage gestellt werde. Die Antragstellerin habe stets nur vage angekündigt, dass die Möglichkeit eines Lösungsantrags geprüft werde. Im Schreiben vom 25. September 2014 sei der Antragsgegner auch nicht zum Verzicht auf das Streitgebrauchsmuster aufgefordert worden; dort sei es nur um den Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Gebrauchsmuster gegangen, was aber für den Ausspruch einer ernsthaften Verzichtsaufforderung nicht ausreichend sei. Darüber hinaus sei in diesem Schreiben die fehlende Rechtsbeständigkeit des Streitgebrauchsmusters nicht substantiiert dargelegt gewesen. Den beigefügten Auszügen aus dem Rechtsgutachten sei nicht hinreichend klar zu entnehmen gewesen, weshalb das Streitgebrauchsmuster angeblich nicht rechtsbeständig gewesen sein sollte.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung, die Schriftsätze der Beteiligten und den übrigen Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig und hat letztlich auch in der Sache Erfolg. Der angefochtene Beschluss ist aufzuheben, da die Kosten des patentamtlichen Lösungsverfahrens nach billigem Ermessen nicht der Antragstellerin, sondern dem Antragsgegner aufzuerlegen sind (§§ 17 Abs. 4 Satz 2 GebrMG, 84 Abs. 4 Satz 2 PatG).

1. Der Hauptantrag der Antragstellerin auf allgemeine Feststellung, dass der Antragsgegner zur Kostentragung verpflichtet sei, ist jedoch als unzulässig zurückzuweisen, weil die Antragstellerin - wie im angefochtenen Beschluss zu Recht ausgeführt wird - kein entsprechendes, schutzwürdiges Interesse vorgetragen hat und ein solches Interesse auch im Übrigen nicht erkennbar ist.

Zwar wäre es auch denkbar, die Kostentragungspflicht in Form einer allgemeinen Feststellung auszusprechen, die es hier der Antragstellerin ermöglichen würde, ihren Kostenerstattungsanspruch im Wege eines späteren Leistungsprozesses vor den ordentlichen Gerichten weiterzuverfolgen. Hierauf hat die Antragstellerin aber keinen Anspruch, da ihr vorliegend eine bessere und staatliche Institutionen in geringerem Umfang beanspruchende Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung steht (vgl. hierzu: Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl., § 256 Rn. 7a).

Dies ist hier der Fall.

Gemäß § 17 Abs. 4 GebrMG i.V.m. § 82 Abs. 2 Satz 2 PatG hat die Gebrauchsmusterabteilung zu bestimmen, zu welchem Anteil die Kosten des Lösungsverfahrens den Beteiligten zur Last fallen. Diese Kostengrundentscheidung ist von Amts wegen zu treffen und setzt keinen Kostenantrag eines Beteiligten und erst recht kein Feststellungsinteresse voraus und stellt die Grundlage, wie in § 17

Abs. 4 Satz 2 GebrMG i. V. m. § 62 Abs. 2 Satz 2 PatG und §§ 103 ff. ZPO vorge-
sehen, für ein Kostenfestsetzungsverfahren dar, in welchem über die Höhe des zu
erstattenden Kostenbetrages entschieden wird.

Wird undifferenziert und in allgemeiner Form die Feststellung der Kostentragungs-
pflicht beantragt, so könnten hiervon zwar auch Ansprüche auf Kostenerstattung
umfasst sein, die nicht aus den o.g., für das gebrauchsmusterrechtliche Verfahren
geltenden Kostenbestimmungen abgeleitet werden könnten. Solche Ansprüche
hat die Antragstellerin aber in keiner Weise vorgetragen. Soweit im Übrigen eine
Kostentragungspflicht überhaupt auf solchen anderen Rechtsgrundlagen beruhen
kann, insbesondere auf materiell-rechtlichen Rechtsgrundlagen, kann ein entspre-
chendes Feststellungsverlangen zudem nicht im Rahmen der Kostenentscheidung
eines Lösungsverfahrens geltend gemacht werden, sondern nur im Klageweg
vor den ordentlichen Gerichten, so dass sich der Feststellungsantrag der Antrag-
stellerin auch unter diesem Aspekt als unzulässig erweist.

2. Auf den Hilfsantrag der Antragstellerin ist der angegriffene Beschluss aller-
dings aufzuheben und die gegenteilige Kostengrundscheidung zu treffen.

a) Grundlage für die Beurteilung der Frage, welchem Beteiligten in welchem Um-
fang die Kosten aufzuerlegen sind, ist § 17 Abs. 4 Satz 2 GebrMG i.V.m. § 82 Abs.
2 Satz 2 PatG. Mithin ist für die im gebrauchsmusterrechtlichen Lösungsverfah-
ren zu treffende Kostengrundscheidung von vorneherein nicht allein das Unter-
liegensprinzip maßgebend; diese unterliegt bereits einem unmittelbaren und origi-
nären Billigkeitsvorbehalt.

Da aber die Grundgedanken, die spezifischen Billigkeitsbestimmungen wie § 269
Abs. 3 Satz 3 ZPO oder aber auch § 93 ZPO, die eine besondere Ausprägung des
Billigkeitsgrundsatzes im Zusammenhang mit der Auferlegung von Kosten enthält,
zugrunde liegen, bei vergleichbaren Sachverhalten einheitlich gehandhabt und
Wertungswidersprüche vermieden werden sollten, begegnet es in der Sache je-
doch keinen grundlegenden Bedenken, dass die Gebrauchsmusterabteilung vor-
liegend von einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO

ausgegangen ist und im Rahmen der angezeigten Billigkeitserwägungen auf die in §§ 91 ff. ZPO zum Ausdruck kommenden Grundgedanken zurückgegriffen hat. In der genannten Regelung kommt jedenfalls der allgemeine Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, in einschlägigen Verfahren auch dann eine Kostengrundentscheidung vorzusehen, in denen sich der Anlass eines Rechtsbehelfs bereits - wie hier - vor Rechtshängigkeit erledigt hat.

b) Zu Recht ist die Gebrauchsmusterabteilung davon ausgegangen, dass durch den Wegfall des Streitgebrauchsmusters vor Rechtshängigkeit des Löschungsantrags hinsichtlich der Hauptsache Erledigung eingetreten war. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 19. Mai 2015 erklärt, dass sich die Hauptsache erledigt habe und nur noch über die Kosten zu entscheiden sei, und dies in ihren Schriftsätzen vom 11. Dezember 2015 und 27. Januar 2016 wiederholt. Der Antragsgegner hat mit Schriftsatz vom 20. Januar 2016 seinerseits erklärt, dass durch den Verzicht des Antragsgegners der Klagegrund entfallen sei; er hat in diesem Schriftsatz nur noch beantragt, der Antragstellerin die Kosten aufzuerlegen. Dies kann als zumindest konkludente Zustimmung zur Erledigungserklärung der Antragstellerin angesehen werden (vgl. *Bühning/Schmid*, GebrMG, 8. Aufl., § 16 Rn. 43), so dass auch nur noch Anlass für eine Kostengrundentscheidung gegeben war.

c) Die Gebrauchsmusterabteilung geht aber insoweit fehl, als sie gemeint hat, dass im Rahmen der hier anzustellenden Billigkeitserwägungen und unter Anwendung des Grundgedankens des § 93 ZPO die Kosten des Löschungsverfahrens der der Antragstellerin aufzuerlegen seien.

c1) Zwar trifft es zu, dass mit der vom Antragsgegner am 2. April 2014 gegenüber dem DPMA abgegebenen Verzichtserklärung ein sofortiges Anerkenntnis erfolgt war.

c2) Aus § 93 ZPO folgt für den vorliegenden Fall aber auch, dass die Kosten nur dann dem Antragsteller zur Last fallen, wenn der Antragsgegner und Gebrauchs-

musterinhaber selbst keinen Anlass zur Stellung des Löschungsantrag gegeben hat.

Der Antragsgegner hatte bisher weder gegen die Antragstellerin Klage wegen Verletzung des Streitgebrauchsmusters erhoben noch ihr den Erlass einer einstweiligen Verfügung angedroht. Grundsätzlich wird nur in diesen Fällen ein freiwilliges Nachgeben des Schutzrechtsinhabers als ausgeschlossen angesehen, so dass dort ausnahmsweise die unvermittelte, d.h. insbesondere ohne vorherige Androhung des Löschungsantrags nebst Aufforderung auf Verzicht auf das Streitgebrauchsmuster oder dgl. erfolgende Einlegung eines Rechtsbehelfs ohne Kostennachteil gerechtfertigt erscheint (vgl. BPatGE 22, 285, 289; Bühring/Schmid, GebrMG, 8. Aufl., § 17 Rn. 101).

c3) Im vorliegenden Fall hat der Antragsgegner der Antragstellerin aber in anderer Weise Anlass zur Stellung des Löschungsantrags gegeben.

Denn die Antragstellerin hat mit ihrer Beschwerde zu Recht beanstandet, dass die Gebrauchsmusterabteilung das anwaltliche Schreiben vom 25. September 2014 nicht hinreichend gewürdigt hat. Der im vorstehenden Tatbestand wörtlich wiedergegebene Text enthält die unmissverständliche Mitteilung an den Antragsgegner, dass die Möglichkeit gesehen werde, erfolgreich mit einem Löschungsantrag gegen das Streitgebrauchsmuster vorzugehen, und dass von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht würde, sofern der Antragsgegner nicht bis zum 15. Oktober 2014 auf die Geltendmachung vermeintlicher, ihm gegenüber der Antragstellerin oder ihren Geschäftspartnern zustehender Ansprüche verzichten sollte. Der Einwand des Antragsgegners, die Löschungsaufforderung hätte zu ihrer Wirksamkeit, einer Aufforderung zum Verzicht auf das Streitgebrauchsmuster (als solches) bedurft, geht hierbei ins Leere. Dem Androhenden bleibt es weitgehend selbst überlassen, welches Tun oder Unterlassen er zur Bedingung für die (Nicht-) Einreichung seines Löschungsantrages machen möchte (vgl. BPatGE 22, 285, 289). Die Aufforderung auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Gebrauchsmuster zu verzichten, stellt jedenfalls eine zulässige Bedingung dar (vgl. Bühring/Schmid, GebrMG, 8. Aufl., § 17 Rn. 85). Nachdem der Antragsgegner hiernach mit Schreiben vom

14. Oktober 2014 die Abgabe der von ihm geforderten Verzichtserklärung verweigert hatte, war somit für die Antragstellerin bereits deshalb eine Veranlassung für den Löschungsantrag gegeben.

Die Gebrauchsmusterabteilung hat das anwaltliche Schreiben vom 25. September 2014, das der Antragsgegner mit Schriftsatz vom 28. Januar 2016 in das Verfahren eingeführt hat, in dem angefochtenen Beschluss nicht berücksichtigt, obwohl dies von Amts wegen geboten gewesen wäre. Der Senat sieht jedoch aus verfahrensökonomischen Gründen von einer Zurückverweisung der Sache nach § 18 Abs. 2 Satz 1 GebrMG i.V.m. § 79 Abs. 3 Nr. 2 PatG ab.

c4) Der Antragsgegner irrt auch insoweit, als er meint, die Löschungsandrohung sei mit einem Mangel behaftet gewesen, indem die Antragstellerin in ihrem anwaltlichen Schreiben vom 25. September 2014 die Löschungsreife des Streitgebrauchsmusters nur skizziert und hierzu lediglich auf ein anliegendes Inhaltsverzeichnis und auf das Fazit eines Rechtsgutachtens verwiesen habe. Der Antragsgegner verkennt hierbei, dass es einem Gebrauchsmusterinhaber im Falle eines ernsthaft drohenden, gegen sein Schutzrecht gerichteten Angriffs in erster Linie selbst obliegt, sich über dessen Rechtsbeständigkeit Klarheit zu verschaffen und ggf. entsprechende Konsequenzen zu ziehen (vgl. Benkard/Goebel/Engel, GebrMG, 11. Aufl., § 17 Rn. 22; Bühring/Schmid, GebrMG, 8. Aufl., § 17 Rn. 92). Für einen ernsthaft angedrohten Angriff bedarf es keiner bis ins Detail ausgeführter Darlegungen, warum das Gebrauchsmuster keinen Bestand hat. Es genügt vielmehr, dass der geltend gemachte Löschungsgrund nebst den vorgebrachten, nachprüfbaren Tatsachen nicht völlig abwegig erscheint (vgl. BPatGE 30, 177, 179). Nur in besonderen Ausnahmefällen kann eine Löschungsaufforderung dann nicht als ausreichend mit Begründung versehen betrachtet werden, wenn z. B. mit dem späteren Löschungsantrag ein weiterer Löschungsgrund oder eine bisher nicht benannte, offenkundige Vorbenutzung geltend gemacht werden (vgl. Benkard/Goebel/Engel, GebrMG, 11. Aufl., § 17 Rn. 24; Bühring/Schmid, GebrMG, 8. Aufl., § 17 Rn. 82). Dies war vorliegend aber nicht der Fall.

Hiernach ist festzustellen, dass die Verzichtsaufforderung vom 25. September 2014 auch in sonstiger Weise nicht zu beanstanden war. Die Antragstellerin hatte in nachvollziehbarer Weise dargelegt, warum sie die in den angegriffenen Schutzansprüchen des Streitgebrauchsmusters niedergelegte Lehre für nicht schutzfähig erachtete und deshalb vom Vorliegen des Löschungsgrundes einer mangelnden Schutzfähigkeit gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 1 GebrMG auszugehen sei. Alleine der Umstand, dass sie im späteren Löschungsantrag weitere, zusätzliche vorveröffentlichte Druckschrift aufgeführt hatte, kann die Annahme einer unzureichend substantiierten Löschungs- bzw. Verzichtsaufforderung nicht rechtfertigen (vgl. *Büh-ring/Schmid*, GebrMG, 8. Aufl., § 17 Rn. 82, 92 - m. w. N.). Es wäre Sache des Antragsgegners gewesen, eigene Ermittlungen anzustellen und sich über die ggf. bestehende Erfolgsaussicht des drohenden Löschungsantrags Gewissheit zu verschaffen.

3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat gemäß §§ 18 Abs. 2 Satz 2 GebrMG, 84 Abs. 2 Satz 2 PatG i. V. m. § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO und (entsprechend) § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ebenfalls in vollem Umfang der Antragsgegner zu tragen. Maßgebend ist insoweit das rechtliche Interesse, das die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde verfolgt hat, hier: die Kostentragungspflicht des Antragstellers bezüglich der Kosten des erstinstanzlichen Löschungsverfahrens. Insoweit hat die Antragstellerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren in vollem Umfang obsiegt. Un-erheblich ist, dass die Antragstellerin mit ihrem als Hauptantrag gestellten Feststellungsantrag erfolglos geblieben ist. Auch wenn dieser Antrag, so wie er gestellt wurde, schon nahezu offenkundig unzulässig und von vorneherein ohne jede Erfolgsaussicht war, ändert dies nichts daran, dass dieser Feststellungsantrag von seinem Rechtsschutzziel her, nämlich ebenfalls die Kostentragungspflicht des Antragstellers bezüglich der Kosten des erstinstanzlichen Löschungsverfahrens, inhaltlich nicht über das hinausging, was er seinem unmittelbar auf diese Rechtsfolge gerichteten und letztlich erfolgreichen Hilfsantrag verfolgt hat. Dass billigerweise eine andere Entscheidung als angemessen erschiene, ist nicht ersichtlich.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. 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. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses durch einen bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt zu unterzeichnen und beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, einzureichen. Die Frist ist nur gewahrt, wenn die Rechtsbeschwerde vor Fristablauf beim Bundesgerichtshof eingeht. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Metternich

Bayer

Eisenrauch