



# BUNDESPATENTGERICHT

5 W (pat) 14/06

---

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

**betreffend das Gebrauchsmuster 201 02 364**

**(hier: Protokollberichtigung)**

hat der 5. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 20. März 2007 durch ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

**Gründe**

**I.**

Die Antragsgegner und Beschwerdegegner (im Folgenden: Beschwerdegegner) sind Inhaber des am 6. Februar 2001 beim Deutschen Patent- und Markenamt unter der Bezeichnung "Beschichtung für Blei-, Zinn- und Wismutgranalien mit Kalkstein unter Einsatz eines Haftmittels" angemeldeten und am 13. Juni 2001 in das Gebrauchsmusterregister eingetragenen Gebrauchsmusters 201 02 364.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Beschwerdeführerin) hat am 22. Juni 2002 Löschantrag gestellt. Am 20. September 2005 hat in diesem Lösungsverfahren vor der Gebrauchsmusterabteilung I des Deutschen Patent- und Markenamts eine mündliche Verhandlung stattgefunden, über die ein mehrseitiges Protokoll angefertigt wurde. Mit Schriftsatz vom 24. Oktober 2005 hat die Beschwerdeführerin beantragt, die Sitzungsniederschrift in 11 Positionen zu ergänzen oder zu berichtigen. Wegen der Einzelheiten der Sitzungsniederschrift

wird auf Blatt 58 bis 61, wegen der Einzelheiten des Berichtigungsantrags auf Blatt 64 bis 66 der Löschungsakte verwiesen.

Mit Beschluss vom 28. November 2005 hat die Gebrauchsmusterabteilung I des Deutschen Patent- und Markenamts das Protokoll in einem Punkt ergänzt und in einem Punkt geändert, den weitergehenden Protokollberichtigungsantrag hat sie zurückgewiesen, da insoweit keine Unrichtigkeit des Protokolls vorliege.

Mit ihrer gegen den Berichtigungsbeschluss gerichteten Beschwerde verfolgt die Beschwerdeführerin ihren Berichtigungsantrag weiter.

Sie ist zunächst der Auffassung, dass die Beschwerde zulässig ist. Der Inhalt des Protokolls als öffentlicher Urkunde müsse auf Antrag der Überprüfung durch eine höhere Instanz offen stehen. Die analoge Anwendung der ZPO für die Begründung der Zulässigkeit des Berichtigungsantrags zwingt nicht zu einer Anwendung der ZPO auch für das weitere Verfahren. Nachdem bereits der Berichtigungsbeschluss in dem nach dem Gebrauchsmusterrecht üblichen Verfahren ergangen sei, gelte dies erst Recht für die gegen diesen Beschluss gegebenen Rechtsmittel. Im Übrigen stehe dem Beschwerdegericht im Lösungsverfahren - im Gegensatz zum zivilprozessualen Verfahren - jede denkbare Entscheidung offen, die auch das Deutsche Patent- und Markenamt treffen konnte. Eine Beschränkung der Beschwerde auf rein formale Aspekte wäre daher im Gebrauchsmusterlöschungsverfahren systemwidrig. Im Übrigen würden vorliegend auch schwer wiegende Verfahrensfehler gerügt, so dass die Beschwerde in jedem Fall gegeben sei.

Zur materiell-rechtlichen Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, dass die in den Beschluss enthaltene pauschale Behauptung, die Gebrauchsmusterinhaber hielten das Protokoll im Wesentlichen für zutreffend, nicht stimme. Dies ergebe sich aus deren Stellungnahme zum Berichtigungsantrag. Des weiteren sei der Beschluss pauschal auf "die deutliche Erinnerung der Mitglieder der Gebrauchsmusterabteilung" gestützt, die sowohl von der Erinnerung der Beschwerdeführerin als auch von der Erinnerung der Gebrauchsmusterinhaber abweiche. Der angegriffene Beschluss habe die gegenläufigen Erinnerungen nicht gewürdigt und auch die angebotenen Beweismittel nicht beachtet. Wegen weiterer Einzelheiten der

Begründung, insbesondere zu den einzelnen Antragspunkte, wird auf Bl. 18 bis 23 sowie 38 und 39 der Gerichtsakte Bezug genommen.

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

den Berichtigungsbeschluss der Gebrauchsmusterabteilung I des Deutschen Patent- und Markenamts vom 28. November 2005 aufzuheben und das Protokoll entsprechend dem Antrag auf Bl. 2/3, Nrn. 1 bis 11, der Beschwerdebegründung vom 14. Dezember 2006 zu berichtigen.

Die Beschwerdegegner beantragen,

die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

Sie tragen vor, dass vorliegend die ZPO analog anzuwenden sei, da das Gebrauchsmustergesetz eine Protokollberichtigung nicht vorsehe. Gegen einen Berichtigungsbeschluss sei nach der im ZPO-Verfahren herrschender Meinung ein Rechtsmittel nur dann statthaft, soweit nicht die Überprüfung erforderlich sei, ob das Protokoll unrichtig sei. Eine Ausnahme werde nur dann zugelassen, wenn die höhere Instanz z. B. mithilfe einer dienstlichen Äußerung und eines Aktenvermerks aller an der Sitzung beteiligten Gerichtspersonen den Sachverhalt überprüfen könne, oder wenn es um Fehler des Berichtigungsverfahrens gehe, die hier nicht gerügt würden.

## II.

Die Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie ist aber nicht begründet. Die von der Beschwerdeführerin angestrebte Berichtigung der Sitzungsniederschrift vom 28. November 2005 durch den Beschwerdesenat kann nicht er-

folgen, da der Senat an der mündlichen Verhandlung nicht teilgenommen hat und daher nicht beurteilen kann, welcher Protokollinhalt richtig ist.

1. Da sich der Angriff der Beschwerdeführerin gegen einen formellen Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung I des Deutschen Patent und Markenamts richtet, ist die Beschwerde ohne weiteres nach § 18 Abs. 1 GebrMG statthaft.
- 1.1. Die Gebrauchsmusterabteilung I hat der Protokollberichtigung § 164 ZPO zugrunde gelegt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegner führt die entsprechende Anwendung der §§ 160 bis 165 ZPO aber nicht dazu, dass auch für ein Rechtsmittel gegen einen Berichtigungsbeschluss die Vorschriften der ZPO anwendbar wären. Insbesondere steht § 567 Abs. 1 ZPO einer Beschwerde nicht entgegen. Eine Fallgestaltung, die in Zivilverfahren dazu führt, dass kein Rechtsmittel statthaft ist, ist vorliegend nicht gegeben. In erstinstanzlichen Verfahren vor den Amts- oder Landgerichten ist die sofortige Beschwerde nach § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nämlich nur dann statthaft, wenn dies gesetzlich ausdrücklich bestimmt ist. Eine solche ausdrückliche Regelung fehlt dort aber für die Protokollberichtigung. Trotzdem ist die sofortige Beschwerde auch in den genannten Zivilverfahren nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern nach § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO nur dann statthaft, wenn sie sich gegen eine Entscheidung richtet, durch die ein das Verfahren betreffendes Gesuch - also der Antrag auf Protokollberichtigung - zurückgewiesen wurde (vgl. BGH NJW-RR 2005, 214; Stein/Jonas ZPO, 22. Aufl. 2005, § 164 Rn. 17; Baumbach/Lauterbach/Ahlers/Hartmann ZPO 65. Aufl. 2007, § 164 Rn. 14/15; Zöller ZPO, 26. Aufl. 2007, § 164 Rn. 11). Darauf kommt es aber im Gebrauchsmusterlöschungsverfahren nicht an, da hier mit § 18 Abs. 1 GebrMG eine eigene und eindeutige Verfahrensvorschriften vorliegt, die die Statthaftigkeit regelt.
- 1.2. Nachdem sämtliche sonstigen Formalien erfüllt sind, ist die Beschwerde auch im Übrigen zulässig (§ 18 Abs. 2 GebrMG i. V. m. § 73 PatG).

2. Die Beschwerde ist aber nicht begründet. Denn selbst wenn § 164 ZPO entsprechend auf ein im Gebrauchsmusterlöschungsverfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt erstelltes Protokoll anwendbar sein sollte, woran gewisse Zweifel bestehen, kann eine Berichtigung durch das Beschwerdegericht nicht erfolgen.
- 2.1. Zweifelhaft ist bereits, ob hierfür eine Rechtsgrundlage besteht. Die Beschwerdegegner haben zutreffend darauf hingewiesen, dass es im Gebrauchsmusterrecht für das Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt keine Vorschriften für die Protokollberichtigung gibt, wie auch insgesamt keine gesetzliche Regelung für die Protokollführung in der mündlichen Verhandlung vor der Gebrauchsmusterabteilung existiert. Lediglich für den Fall einer Beweisaufnahme fordert das Gesetz zwingend die Hinzuziehung eines Protokollführers. Insofern handelt es sich aber um die Regelung einer speziellen Formalität für die Beweisaufnahme, aus der sich aber nicht ergibt, ob und gegebenenfalls inwieweit die §§ 160 ff. ZPO im Gebrauchsmusterlöschungsverfahren anwendbar sind. Hinweise hierzu ergeben sich möglicherweise aus dem für das Patenterteilungsverfahren und über die Verweisung in § 59 Abs. 3 PatG auch im Einspruchsverfahren geltenden § 46 Abs. 2 PatG, sowie der gleich lautenden Vorschrift in § 60 Abs. 3 MarkenG für die Verfahren vor den Markenstellen und den Markenabteilungen. Diese Vorschriften verweisen bewusst nur auf §§ 160a, 162 und 163 ZPO. Nach der amtlichen Begründung zu § 46 Abs. 2 PatG soll das patentamtliche Verfahren nicht durch die in Gerichtsverfahren gebotenen Förmlichkeiten belastet werden (amtl. Bergr. BIPMZ 1979, 276 ff., 286). Zudem hat die Niederschrift einer patentamtlichen Anhörung oder Verhandlung nicht die Beweiskraft des § 165 ZPO über die Förmlichkeiten des Verfahrens (vgl. Busse, Patentgesetz, 6. Aufl. 2003, § 46 Rn. 55). Hierfür besteht angesichts der weitgehenden Formfreiheit des Amtsverfahrens auch kein Bedarf. Wendet man danach § 46 Abs. 2 PatG entsprechend an (vgl. (Bühning Gebrauchsmustergesetz, 6. Aufl. 2002, § 17 Rn. 34), so gelten weder § 160 ZPO noch

§ 164 ZPO, so dass es für eine Protokollberichtigung keine Rechtsgrundlage gäbe.

- 2.2. Diese Problematik braucht aber letztlich nicht weiter vertieft zu werden. Denn auch wenn man eine weitgehende Anwendbarkeit der §§ 160 ff. ZPO für geboten hält (vgl. insoweit Busse a. a. O. § 17 GebrMG Rn. 24, wonach die Vorschriften des Nichtigkeitsverfahrens und damit § 92 PatG anwendbar sind), hat die Beschwerde keinen Erfolg.

Die Beschwerdeführerin begehrt mit ihrem Antrag eine ins Einzelne gehende Berichtigung der Sitzungsniederschrift vom 20. September 2005 durch das Bundespatentgericht. Zu einer derartigen Berichtigung ist das Beschwerdegericht aber grundsätzlich nicht imstande, da es an der Sitzung nicht teilgenommen hat. Daher kann es den richtigen Protokollinhalt nicht bestimmen. Darüber fehlt dem Beschwerdegericht die Kompetenz zur Protokollberichtigung, die ausschließlich beim Vorsitzenden der Gebrauchsmusterabteilung und beim Protokollführer liegt. (§ 164 Abs. 3 ZPO; vgl. auch Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2005, § 164 Rn. 14). Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Berichtigungsantrag - wie im vorliegenden Fall - (teilweise) abgelehnt worden ist, weil nach Überzeugung der maßgeblichen Personen keine Unrichtigkeit des Protokolls vorliegt. Daran ändert auch der Hinweis auf eine teilweise Übereinstimmung mit der Erinnerung der Beschwerdegegner an den Ablauf der mündlichen Verhandlung nichts. Denn diese stimmt nicht mit der der Mitglieder der Gebrauchsmusterabteilung überein. Insofern ist der Senat auch hier nicht in der Lage, den richtigen Protokollinhalt festzulegen. Es gehört dazu nicht zu den Aufgaben des Rechtsmittelgerichts, die Beweiskraft des Protokolls zu ändern, solange nicht eine Protokollfälschung erwiesen ist (Stein/Jonas a. a. O. Rn. 15). Die Protokollführung und die Protokollberichtigung sind unvertretbare Verfahrenshandlungen (Stein/Jonas a. a. O. Rn. 15). Daher hat die Beschwerde keinen Erfolg.

- 2.3. Bezüglich der fehlenden Funktionsbezeichnungen der Mitglieder der Gebrauchsmusterabteilung, die abweichend von dem unter 2.2. Gesagten beurteilt werden könnte, liegt ersichtlich keine Unrichtigkeit des Protokolls vor. Die analog § 160 Abs. 1 Nr. 2 ZPO erforderlichen Namen sind aufgeführt, die Angabe der jeweiligen Funktionen ist nicht vorgesehen. Darüber hinaus ergeben sie sich ohne weiteres aus den Dienstbezeichnungen und (einschließlich der Protokollverantwortung) aus den Unterschriften.
- 2.4. Die Beschwerde ist auch nicht deshalb begründet, weil die Berichtigung des Protokolls und die Ablehnung des weitergehenden Berichtigungsantrags durch die Gebrauchsmusterabteilung und nicht nur durch den Vorsitzenden und die Protokollführerin erfolgt sind. Es ist nicht ersichtlich und auch nicht vorgetragen, dass dieser Fehler für die Berichtigung bzw. ihre Ablehnung kausal war (Stein/Jonas a. a. O. Rn. 18).

gez.

Unterschriften