



# BUNDESPATENTGERICHT

35 W (pat) 1/13

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend das Gebrauchsmuster 203 21 745**

(isolierte Kostenbeschwerde)

hat der 35. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 15. Januar 2015 durch die Vorsitzende Richterin Werner sowie durch Richter Dipl.-Ing. Schmidt-Bilkenroth und Richter Dipl.-Ing. Veit

beschlossen:

Die Beschwerde der Löschantragstellerin und Beschwerdeführerin wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

**Gründe**

**I.**

Die Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin (im Folgenden: Antragsgegnerin) ist die eingetragene Inhaberin des Gebrauchsmusters 203 21 745 (Streitgebrauchsmuster) mit der Bezeichnung „Waage“. Das Streitgebrauchsmuster ist aus der Patentanmeldung 103 08 804 mit Anmeldetag vom 27. Februar 2003 abgeleitet und am 9. Juli 2009 in das Gebrauchsmusterregister eingetragen worden. Die Schutzdauer des Streitgebrauchsmusters ist auf zehn Jahre verlängert worden.

Die im patentamtlichen Verfahren anwaltlich vertretene Löschantragstellerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Antragstellerin) hat beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) mit Schriftsatz vom 17. März 2011 die Löschung des Streitgebrauchsmusters nach §§ 15, 16, und 17 GebrMG beantragt und als Lö-

schungsgrund fehlende Schutzfähigkeit nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 GebrMG geltend gemacht. Nach fristgerechtem Widerspruch gegen den Löschungsantrag hat die Antragsgegnerin das Streitgebrauchsmuster zunächst auf der Linie verteidigt, dass sein Gegenstand neu sei und auf einem erfinderischen Schritt beruhe. Die Gebrauchsmusterabteilung I hat mit Zwischenbescheid vom 28. März 2012 eine vorläufige Beurteilung der Erfolgsaussichten des Löschungsantrages abgegeben, wonach eine vollständige Löschung des Streitgebrauchsmusters wahrscheinlich erschien. Danach hat die Gebrauchsmusterabteilung I Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 23. Oktober 2012 anberaumt. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 17. Oktober 2012, eingegangen beim DPMA am selben Tage, hat die Antragsgegnerin u. a. folgende Erklärungen abgegeben:

„...“

Wir erklären daher namens und in Vollmacht der L... AG, ohne damit den geltend gemachten Löschungsgrund anzuerkennen, gleichwohl aber verbindlich, den vorbehaltlosen Verzicht auf das deutsche Gebrauchsmuster 203 21 745 U1. Ferner erklären wir namens und in Vollmacht der L... AG, dass die L... AG keine Rechte aus dem Gebrauchsmuster aufgrund von Verletzungen, die in der Vergangenheit liegen, gegenüber der Antragstellerin und weiteren Dritten geltend machen wird.

...“

In der mündlichen Verhandlung vom 23. Oktober 2012 hat die Antragstellerin einen Schriftsatz vom 22. Oktober 2012 übergeben. Die Ausführungen und Erklärungen in diesem Schriftsatz sowie die Ausführungen und Erklärungen der Antragsgegnerin in deren Schriftsatz vom 17. Oktober 2012 wurden – neben anderem - zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Gegenstand der mündlichen Verhandlung war weiter die Frage, welches konkrete Rechtsschutzinteresse die Antragstellerin für ihren Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des

Streitgebrauchsmusters von Anfang an geltend machen konnte. Das wurde auch in Ansehung der Erklärungen der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 17. Oktober 2012 erörtert.

In dieser Verhandlung hat die Antragstellerin jedenfalls den Antrag gestellt festzustellen, dass das Streitgebrauchsmuster von Anfang an unwirksam war, die Antragsgegnerin beantragte die Verwerfung dieses Antrages, hilfsweise dessen Zurückweisung.

Auf die mündliche Verhandlung vom 23. Oktober 2012 hat die Gebrauchsmusterabteilung I den Feststellungsantrag der Antragstellerin verworfen und der Antragstellerin die Kosten des patentamtlichen Verfahrens auferlegt. Zur Begründung hat die Gebrauchsmusterabteilung ausgeführt, dass der Feststellungsantrag der Antragstellerin mangels eines konkreten Rechtsschutzinteresses der Antragstellerin unzulässig und deswegen zu verwerfen war. Als Unterlegene müsse die Antragstellerin die Kosten des patentamtlichen Verfahrens tragen.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 23. November 2012 hat die Antragstellerin erklärt, gegen den Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung Beschwerde einzulegen. Der zweite Satz dieses Schriftsatzes lautet:

„Es wird beantragt, den Beschluss in Bezug auf die Kostenentscheidung aufzuheben.“

In der darauf folgenden Beschwerdebegründung vom 21. März 2013 lautet der erste Satz unter I. auf Seite 1:

„Die Beschwerde vom 23. November 2012 richtet sich gegen die Kostenentscheidung im Beschluss vom 29. Oktober 2012 des Deutschen Patent- und Markenamts.“

Zur Erläuterung ist dazu anzumerken, dass die Gebrauchsmusterabteilung I die schriftliche, begründete Fassung des am 23. November 2012 verkündeten Beschlusses auf den 29. Oktober 2012 datiert hatte.

Die Antragstellerin meint, dass sie im Laufe des Lösungsverfahrens vor der Gebrauchsmusterabteilung des DPMA alle Zwecke dieses Verfahrens erreicht hätte und deswegen nicht ihr, sondern der Antragsgegnerin die Kosten des patentamtlichen Verfahrens auferlegt werden müssten. Im Wesentlichen trägt die Antragstellerin vor:

Seit dem Verzicht der Antragsgegnerin auf das Streitgebrauchsmuster und der Erklärung der Antragsgegnerin, weder gegenüber der Antragstellerin noch gegenüber Dritten Rechte aus dem Streitgebrauchsmuster für in der Vergangenheit liegende Verletzungshandlungen geltend machen zu wollen, gälte das Streitgebrauchsmuster als von Anfang an gelöscht. Mit ihren Erklärungen hätte sich die Antragsgegnerin als Verfahrensbeteiligte des Gebrauchsmuster-Lösungsverfahrens in die Stellung einer vollständig Unterlegenen begeben. Deswegen müssten ihr und nicht der Antragstellerin die Kosten des patentamtlichen Verfahrens auferlegt werden.

Jedenfalls müsse der Verzicht der Antragsgegnerin, mit dem das Erlöschen des Streitgebrauchsmusters für die Zukunft und damit ein Teilerfolg des Lösungsantrages der Antragstellerin bewirkt worden sei, nach dem geltenden Unterliegensprinzip, bzw. nach § 93a ZPO (Anmerkung des Senats: gemeint ist wohl § 93 ZPO) dazu führen, dass der Antragsgegnerin derjenige Teil der Kosten des patentamtlichen Verfahrens auferlegt würden, der der Erledigung der Hauptsache im Umfang dieses Verzichts entspräche. Für diese Quotelung müsse auch das Verhältnis zwischen der maximalen Schutzdauer des Streitgebrauchsmusters einerseits und der restlichen Schutzdauer bei Stellung des Lösungsantrages berücksichtigt werden. Danach hätte es nahegelegen, die Kosten des patentamtlichen Verfahrens gegeneinander aufzuheben.

Ohne eine Berücksichtigung der vorgenannten Umstände bei der angefochtenen und nach dem Antrag der Antragstellerin neu zu treffenden Kostengrundentscheidung für das patentamtliche Verfahren stünde es in den Gebrauchsmuster-Löschungsverfahren dem Antragsgegner regelmäßig frei, bei einer sich abzeichnenden vollständigen oder teilweisen Löschung seines Gebrauchsmusters durch einen Verzicht auf sein Schutzrecht und auf die Geltendmachung von Rechten aus dem Gebrauchsmuster für die Vergangenheit dem Löschungsverfahren seinen Gegenstand in der Hauptsache zu entziehen und die Kostenlast auf den Antragsteller abzuwälzen.

Weiter beanstandet die Antragstellerin auch die Entscheidung des angegriffenen Beschlusses in der Hauptsache, wonach der Feststellungsantrag der Antragstellerin als unzulässig verworfen worden ist. Der Feststellungsantrag hätte nicht als unzulässig verworfen werden dürfen, weil die Antragstellerin ein konkretes Rechtsschutzinteresse an einer Löschung des Streitgebrauchsmusters auch für die Vergangenheit hatte. Das Streitgebrauchsmuster sei identisch mit dem Klagepatent eines im Zeitpunkt der angegriffenen Entscheidung parallel geführten Verletzungsstreits zwischen den Verfahrensbeteiligten. Für diesen Verletzungsstreit hätte es auf die Entscheidung der Gebrauchsmusterabteilung über den Bestand, bzw. die vollständige oder teilweise Löschung des Streitgebrauchsmusters wegen mangelnder Schutzfähigkeit ankommen können.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung I des Deutschen Patent- und Markenamts vom 23. Oktober 2012 insoweit aufzuheben, als darin die Kosten des patentamtlichen Verfahrens der Antragstellerin auferlegt worden sind,

und der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzenzügen aufzuerlegen;

hilfsweise:

der Antragsgegnerin die Kosten des patentamtlichen Verfahrens in dem Umfang aufzuerlegen, in dem sich das Lösungsverfahren durch den Verzicht der Antragsgegnerin auf das Streitgebrauchsmuster in der Hauptsache erledigt hat.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde der Antragstellerin kostenpflichtig zurückzuweisen,

hilfsweise: Termin zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen.

Die Antragsgegnerin hält die angegriffene Kostengrundentscheidung in dem Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung I vom 23. Oktober 2012 für begründet und tritt der Beschwerde in allen Punkten entgegen.

Auf den Inhalt der Verfahrensakten aus beiden Instanzenzügen wird in vollem Umfang Bezug genommen. Dazu gehören auch die Hinweise der Senatsvorsitzenden vom 2. Oktober 2014 an die Verfahrensbeteiligten, Blatt 72 ff. der Gerichtsakte.

Die Antragstellerin hat einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren zugestimmt, die Antragsgegnerin hat einer Zurückweisung der Beschwerde im schriftlichen Verfahren zugestimmt.

**II.**

Die in zulässiger Weise auf den Kostenausspruch des angegriffenen Beschlusses der Gebrauchsmusterabteilung I beschränkte Beschwerde der Antragstellerin ist in der Sache nicht begründet und war deswegen kostenpflichtig zurückzuweisen.

I. Gegenüber den Beschlüssen des DPMA in Gebrauchsmuster-Löschungsverfahren ist die isolierte Kostenbeschwerde grundsätzlich zulässig (BPatGE 22, 114, 115; Busse/Keukenschrijver GebrMG 7. Auflage, § 18 Rdnr. 7, Bühring GbmG 8. Auflage, § 18 Rdnr. 15). Hier hat die anwaltlich vertretene Antragstellerin ihre Beschwerde in dieser Weise beschränkt. Das ergibt sich aus der Beschwerdeschrift vom 23. November 2012, in dem die Antragstellerin beantragte, den Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung in Bezug auf die Kostenentscheidung aufzuheben. Dass die Antragstellerin die Beschränkung ihrer Beschwerde auf die Kostengrundentscheidung des angegriffenen Beschlusses auch im weiteren Verfahren als geschehen vorausgesetzt hat, ergibt sich aus ihrem Schriftsatz vom 21. März 2013, worin auf Seite 1 im ersten Satz unter I. noch einmal wiederholt wird, dass sich die Beschwerde vom 23. November 2012 gegen die Kostenentscheidung in dem angegriffenen Beschluss richtet.

Mit der wirksamen Beschränkung der Beschwerde auf die Kostengrundentscheidung des angegriffenen Beschlusses erwächst die Entscheidung über die Hauptsache in dem angegriffenen Beschluss in Bestandskraft und ist kein Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.

II. Der Senat entscheidet in der Besetzung mit einem rechtskundigen Mitglied und zwei technischen Mitgliedern, § 18 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz GebrMG.

Gemäß § 18 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz GebrMG entscheidet der Senat über Beschwerden gegen Beschlüsse der Gebrauchsmusterabteilungen über Löschanträge in der Besetzung mit einem rechtskundigen Mitglied und zwei technischen Mitgliedern. In dieser Besetzung überprüft der Senat auch regelmäßig die Kostenentscheidung des DPMA. Das folgt daraus, dass die Kostenentscheidung Bestandteil der Entscheidung über den Löschantrag ist. Wie sich aus § 17 Abs. 4 GebrMG i. V. m. § 84 Abs. 2 S. 2 PatG, §§ 91 ff. ZPO ergibt, spiegelt die Kostenentscheidung das Ergebnis der Entscheidung in der Hauptsache wieder, ist also ohne diese nicht denkbar. Insofern handelt es sich auch bei der isolierten



Anfechtung der Kostenentscheidung um nichts anderes als um einen Angriff auf einen Teil einer Entscheidung über den Löschantrag. Die zuständige Besetzung mit einem juristischen und zwei technischen Mitgliedern ergibt sich somit unmittelbar aus § 18 Abs. 3 S. 2 GebrMG (im Anschluss an BPatG, Beschluss vom 24. Oktober 2013, Az.: 35 W (pat) 402/10, veröffentlicht in der fortlaufenden Entscheidungssammlung des Bundespatentgerichts auf [www.bundespatentgericht.de](http://www.bundespatentgericht.de)).

III. Die Kostenbeschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet. Mit ihrem Feststellungsantrag in der mündlichen Verhandlung vom 23. Oktober 2012 hat die Antragstellerin das Lösungsverfahren in der Hauptsache fortgesetzt. Nachdem das Streitgebrauchsmuster durch den Verzicht der Antragsgegnerin für die Zukunft erloschen war und nur noch für die Vergangenheit Bestand hatte, hätte die Antragstellerin für die Zulässigkeit ihres Feststellungsantrages ein individuelles Rechtsschutzinteresse glaubhaft machen müssen. Das hat sie nach der Überzeugung der Gebrauchsmusterabteilung I nicht getan, die daher den Feststellungsantrag der Antragstellerin bereits als unzulässig verworfen hat. Damit war die Antragstellerin in Ansehung des Gegenstandes des Lösungsverfahrens in vollem Umfang unterlegen. Als in der Hauptsache Unterlegene waren der Antragstellerin – wie in dem angegriffenen Beschluss angeordnet – gemäß § 91 ZPO i. V. m. § 84 Abs. 2 Satz 2 PatG i. V. m. § 17 Abs. 4 GebrMG die Kosten des patentamtlichen Verfahrens vollständig aufzuerlegen. Etwas Anderes gilt grundsätzlich nur dann und soweit, wie die Billigkeit eine andere Entscheidung erfordert, § 84 Abs. 2 Satz 2 PatG. Die Antragstellerin hat keine solchen Billigkeitsgründe vorgetragen. Sie sind auch sonst nicht ersichtlich.

1. Die Antragstellerin verkennt den spezifischen verfahrensrechtlichen Gegenstand der Lösungsverfahren nach §§ 15 – 17 GebrMG, wenn sie meint, dass nach dem Verzicht der Antragsgegnerin auf das Gebrauchsmuster und der Erklärung der Antragsgegnerin, keine Rechte aus dem Gebrauchsmuster aufgrund von Verletzungen, die in der Vergangenheit liegen, gegenüber der Antragstellerin und

gegenüber Dritten geltend zu machen, das Streitgebrauchsmuster als vollständig erloschen gälte, sich damit der Gegenstand des Lösungsverfahrens vollständig erledigt hätte und die Antragsgegnerin, die diese Erledigung herbeigeführt hätte, auch die Kosten des patentamtlichen Verfahrens tragen müsste. Gegenstand der Lösungsverfahren nach §§ 15 – 17 GebrMG ist der Lösungsantrag, der materiell-rechtlich auf eine vollständige oder auch nur teilweise Löschung des jeweiligen Streitgebrauchsmusters gerichtet ist, im materiell-rechtlichen Umfang des konkreten Lösungsantrages aber immer auf eine Beseitigung des Streitgebrauchsmusters für alle Zeiten, künftige und vergangene, gerichtet ist. Eine zeitliche Beschränkung des Lösungsantrages auf einen bestimmten Ausschnitt der Schutzdauer, etwa nur auf die noch in der Zukunft liegende Schutzdauer, ist nicht möglich.

Eine Löschung von Anfang an tritt nur ein, soweit ein Lösungsantrag nach §§ 15 - 17 GebrMG erfolgreich ist. Sie tritt nicht ein, wenn das Gebrauchsmuster, wie hier durch Verzicht, oder durch Ablauf der Schutzdauer nur für die Zukunft erlischt. Auch die Erklärungen der Antragsgegnerin, aus dem Streitgebrauchsmuster gegenüber der Antragstellerin und Dritte keine Rechte wegen in der Vergangenheit liegender Verletzungen geltend zu machen, haben den Bestand des Streitgebrauchsmusters für die Vergangenheit nicht berührt. Diese Erklärung, ihre Wirksamkeit unterstellt, wäre ausschließlich schuldrechtlicher Natur und hat daher in erster Linie für etwaige Verletzungsverfahren Bedeutung (vgl. BGH, GRUR 1998, 910 – 913 (Rz. 35) - Scherbeineis). Das Streitgebrauchsmuster hat weiterhin uneingeschränkte Geltung für die Zeit seit seiner Eintragung bis zum Wirksamwerden des Verzichts, u. a. mit der Folge, dass es unverändert der Rechtsgrund aller in diesem Zeitraum bereits abgewickelten Forderungen der Antragsgegnerin aus Verletzungshandlungen bleibt.

Mit ihrem Feststellungsantrag in der mündlichen Verhandlung vom 23. Oktober 2012 hat die Antragstellerin die vollständige Beseitigung des Streitgebrauchsmusters auch für die Vergangenheit begehrt und damit das Verfahren in

der Hauptsache fortgesetzt. Mit diesem Antrag ist die Antragstellerin vollständig unterlegen und deswegen sind ihr die Kosten des patentamtlichen Verfahrens auferlegt worden.

Aufgrund der vorstehenden Feststellungen trifft es auch nicht zu, dass sich die Antragsgegnerin mit ihren Erklärungen in ihrem Schriftsatz vom 17. Oktober 2012 im Rahmen des Löschungsverfahrens in die Position der Unterlegenen begeben hätte und deswegen die Kosten des patentamtlichen Verfahrens tragen müsste. Vielmehr hat die Antragsgegnerin mit ihren Erklärungen vom 17. Oktober 2012 von eben den Rechten Gebrauch gemacht, die ihr auf der Grundlage ihrer Inhaberschaft an dem Streitgebrauchsmuster – im Rahmen der Gesetze – zur beliebigen Verfügung stehen.

2. Weiter ist es unzutreffend, wenn die Antragstellerin meint, dass die Antragsgegnerin allein durch ihren Verzicht auf das Streitgebrauchsmuster und mit ihrer Freistellungserklärung gegenüber der Antragstellerin für etwaige Verletzungshandlungen in der Vergangenheit die Kostenlast für das patentamtliche Löschungsverfahren von sich abgewandt hätte. Wäre die Gebrauchsmusterabteilung bei ihrer Entscheidung von einem konkreten Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin an einer Feststellung der Unwirksamkeit des Streitgebrauchsmusters ausgegangen, so wäre das Streitgebrauchsmuster auf seine Schutzfähigkeit überprüft und gegebenenfalls ganz oder teilweise als von Anfang an unwirksam erklärt worden. Dann hätte die Antragsgegnerin die Verfahrenskosten in dem Umfang tragen müssen, in dem die Antragstellerin mit ihrem Feststellungsantrag obsiegt hätte. Auf den Verzicht der Antragsgegnerin wäre es für diese Kostenentscheidung nicht angekommen. Denn ob ein Streitgebrauchsmuster eine längere oder kürzere Schutzdauer hatte, lässt den Gegenstand eines Löschungsverfahrens wegen fehlender Schutzfähigkeit unberührt. Entscheidend ist nur die Frage, ob und wenn ja, in welchem Umfang, das Streitgebrauchsmuster aus dem Grunde der fehlenden Schutzfähigkeit gelöscht wird.

Wenn der Antragstellerin die Erfolgsaussichten für ihren Vortrag zum konkreten Rechtsschutzinteresse an einem Feststellungsantrag zu riskant erschienen wären, hätte sie im Übrigen in der mündlichen Verhandlung vom 23. Oktober 2012 die Hauptsache für erledigt erklären und eine Kostengrundentscheidung in direkter oder analoger Anwendung von § 91a ZPO beantragen können. Nach einer solchen Erklärung seitens der Antragstellerin hätte die Gebrauchsmusterabteilung I zwar keine Löschung mehr aussprechen können. Es hätte jedoch zu einer Kostengrundentscheidung in direkter oder analoger Anwendung von § 91a ZPO kommen können, entweder wenn sich die Antragsgegnerin der Erledigungserklärung der Antragstellerin angeschlossen hätte (übereinstimmende Erledigungserklärung i. S. v. § 91a ZPO) oder wenn die Gebrauchsmusterabteilung bei nur einseitiger Erledigungserklärung durch die Antragstellerin im Wege einer streitigen Entscheidung die Erledigung des Lösungsverfahrens in der Hauptsache festgestellt und dann – jetzt in analoger Anwendung von § 91a ZPO – eine Kostengrundentscheidung getroffen hätte. Für die Kostengrundentscheidung in direkter oder analoger Anwendung von § 91a ZPO wäre es nur darauf angekommen, in welchem Umfang das Streitgebrauchsmuster im Zeitpunkt der Erledigung der Hauptsache nach dem bisherigen Sach- und Streitstand lösungsfähig erschien.

Ergänzend wird an dieser Stelle festgestellt, dass die hier angesprochenen Erklärungen über eine Erledigung des Lösungsverfahrens in der Hauptsache im Beschwerdeverfahren vor dem Bundespatentgericht nicht mehr wirksam abgegeben werden konnten. Denn wegen der Beschränkung der Beschwerde auf die Kostenentscheidung des angegriffenen Beschlusses war das Hauptsacheverfahren kein Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.

3. Schließlich kann der Antragstellerin auch nicht darin gefolgt werden, dass der Antragsgegnerin wegen ihres Verzichts auf das Streitgebrauchsmuster die Kosten des patentamtlichen Verfahrens wenigstens teilweise auferlegt werden müssten.

Der Gegenstand der Lösungsverfahren nach §§ 15 – 17 GebrMG lässt sich nicht aufteilen in einen auf die Vergangenheit gerichteten Lösungsantrag und einen weiteren Antrag, der auf die Löschung für die Zukunft gerichtet wäre. Vielmehr ist der Lösungsantrag immer auf die Herbeiführung der rechtlichen Unwirksamkeit des Streitgebrauchsmusters von Anfang an gerichtet. Das führt bei Streitgebrauchsmustern, die Geltung auch für die Zukunft beanspruchen können, bei Erfolg des Lösungsantrages notwendiger Weise zu einem Unwirksamwerden auch für die Zukunft. Streitgebrauchsmuster, die im Zuge eines Lösungsverfahrens im Zeitpunkt der Entscheidung über ihre Wirksamkeit bereits erloschen sind, können ebenso notwendiger Weise nur noch für die Vergangenheit für unwirksam erklärt werden.

Die verfahrensrechtliche Zäsur, die regelmäßig dann eintritt, wenn im Laufe eines Lösungsverfahrens nach §§ 15 – 17 GebrMG das Streitgebrauchsmuster durch Verzicht oder wegen Ablaufs der Schutzdauer nur für die Zukunft erlischt, hat den Grund, dass mit dem Erlöschen eines Streitgebrauchsmusters für die Zukunft das Lösungsverfahren nicht mehr als sogenanntes „Popularverfahren“ betrieben werden kann. Mit dem Ausdruck „Popularverfahren“ ist gemeint, dass das Interesse der Allgemeinheit an der Beseitigung eines zu Unrecht erteilten Schutzrechts für jedermann ohne weiteres ein Rechtsschutzinteresse an der Löschung des Schutzrechts begründet, ohne dass der Antragsteller ein eigenes Interesse an der Rechtsverfolgung zu besitzen braucht. Erst wenn das Interesse der Allgemeinheit an der Löschung eines Gebrauchsmusters dadurch entfällt, dass das Gebrauchsmuster durch Verzicht oder Zeitablauf erlischt, bedarf es zu dem - nunmehr auf Feststellung der Unwirksamkeit des Gebrauchsmusters zu richtenden – Begehren eines besonderen eigenen Interesses des Antragstellers an der begehrten Feststellung (BGH GRUR 1981, 515 ff.).

Diese verfahrensrechtlichen Folgen des Erlöschens des Streitgebrauchsmusters nur für die Zukunft im Laufe eines Lösungsverfahrens nach §§ 15 – 17 GebrMG lassen die Kostengrundscheidungen unberührt. Sie richtet sich nicht nach der

konkreten Schutzdauer des Streitgebrauchsmusters, sondern ausschließlich danach, ob und wenn ja, in welchem Umfang das Streitgebrauchsmuster aus dem Grunde der fehlenden Schutzfähigkeit mit Wirkung von Anfang an gelöscht wird.

IV. Im Hinblick auf den Vortrag der Antragstellerin zu der mit der Beschwerde nicht angegriffenen Entscheidung der Gebrauchsmusterabteilung I in der Hauptsache gibt der Senat noch Folgendes zu bedenken:

Mit der Anhängigkeit eines Verletzungsverfahrens aus einem parallelen Patent dürfte sich für ein Gebrauchsmusterlöschungsverfahren wohl kein individuelles Rechtsschutzinteresse des Antragstellers begründen lassen. Schutzwürdig ist nur das Interesse eines Antragstellers an der Verteidigung gegen seine Inanspruchnahme aus dem Streitgebrauchsmuster (Busse/Keukenschrijver, GebrMG, 7. Auflage, § 16 Rdnr. 17). Auch bei anfänglicher Identität handelt es sich bei parallelen Anmeldungen von einem Patent einerseits und einem Gebrauchsmuster andererseits um zwei materiell-rechtlich verschiedene Schutzrechte, die sich außerdem im Laufe der Zeit durch unterschiedliche Beschränkungen auch in ihren Gegenständen und in ihrem Schutzzumfang voneinander unterscheiden können (vgl. für den Fall der parallelen Patentanmeldung ebenfalls ablehnend Busse/Keukenschrijver a. a. O. und Bühring/Schmid, GebrMG 8. Auflage, § 15 Rdnr. 54).

V. Die Entscheidung über die Kosten des patentgerichtlichen Beschwerdeverfahrens folgt aus § 18 Abs. 2 Satz 2 GbrMG i. V. m. § 84 Abs. 2 PatG i. V. m. § 91 ZPO.

### 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.*

Werner

Veit

Schmidt-Bilkenroth

Bb