



BUNDESPATENTGERICHT

35 W (pat) 6/15

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend das Gebrauchsmuster ...

(hier: Kostenfestsetzung)

hat der 35. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 20. September 2018 durch den Vorsitzenden Richter Metternich sowie die Richterin Bayer und den Richter Eisenrauch

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Antragstellerin und die Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin wird der Kostenfestsetzungsbeschluss der Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts vom 2. Dezember 2014 aufgehoben.

Die im Wege eines Kostenausgleichs ermittelten, der Antragstellerin von der Antragsgegnerin zu erstattenden Kosten werden auf

19.934,59 €

(in Worten: neunzehntausendneunhundertvierunddreißig
und 59/100 Euro)

festgesetzt.

Der festgesetzte Betrag ist ab dem 8. April 2013 mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

2. Die weitergehende Beschwerde der Antragstellerin sowie die weitergehende Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin werden zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Antragstellerin zu tragen.
4. Der Antrag der Antragstellerin auf Rückzahlung der Beschwerdegebühr wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Beschwerdegegnerin und Antragsgegnerin (im Folgenden: Antragsgegnerin) war Inhaberin des am 22. November 2007 eingetragenen deutschen Gebrauchsmusters ... (Streitgebrauchsmuster) mit der Bezeichnung „...

„. Durch Abzweigung aus der europäischen Patentanmeldung ... hatte das Streitgebrauchsmuster als Anmeldetag den 13. Februar 2004 und ein deutsches Prioritätsrecht vom 13. Februar 2003 erhalten. Am 28. Februar 2014 ist das Streitgebrauchsmuster wegen Erreichens der maximalen Schutzdauer erloschen.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Antragstellerin) hatte am 30. Juli 2008 beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) die vollumfängliche Löschung des vorliegenden Streitgebrauchsmusters beantragt. Die Antragsgegnerin hat diesem Löschantrag wirksam widersprochen – so wie sie es auch bei zwei weiteren Löschanträgen zweier weiterer Personen, die am

1. August 2008 und am 26. März 2009 beim DPMA eingegangen waren, getan hat.

Die Gebrauchsmusterabteilung I des DPMA hat die drei Löschungssachen zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung miteinander verbunden und das Streitgebrauchsmuster mit einem am 25. Oktober 2012 nach mündlicher Verhandlung verkündeten und in schriftlicher Fassung vom 12. November 2012 abgesetzten Beschluss teilweise gelöscht. Von den Kosten des Verfahrens hat die Gebrauchsmusterabteilung der Antragstellerin 1/10 und der Antragsgegnerin 9/10 auferlegt. Gegen diesen Beschluss hat keine der Beteiligten Rechtsmittel eingelegt, so dass er bestandskräftig geworden ist.

Die Antragstellerin hat mit Eingabe vom 5. April 2013, eingegangen beim DPMA am 8. April 2013, beantragt, die ihr von der Antragsgegnerin unter Berücksichtigung der anteiligen Kostenverteilung zu erstattenden Kosten in Höhe von 209.444,00 €, darunter 9/10 aus dem Betrag von 232.715,55 €, festzusetzen. Diesen Betrag errechnet sie zum einen aus einer 2,5-fachen Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG auf der Grundlage eines Gegenstandswertes in behaupteter Höhe von 30.000.000 € (228.740,00 €). Zum anderen sind in dem geforderten Betrag noch folgende Posten enthalten: Ein pauschales Entgelt für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen nach Nr. 7002 VV RVG (20,00 €), Auslagen für Herstellung und Überlassung von Dokumenten nach Nr. 7000 VV RVG (330,55 €), Kosten für die Durchführung von Recherchen (1.200,00 €) und experimentellen Untersuchungen (2.125,00 €) sowie die in Höhe von 300,00 € für den Löschantrag entrichtete Gebühr. Ferner hat die Antragstellerin beantragt, den festzusetzenden Betrag vom Zeitpunkt des Eingangs ihres Kostenfestsetzungsantrags beim DPMA an (8. April 2013) mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

Mit Bescheid vom 24. März 2014 war die Antragsgegnerin sodann von der Gebrauchsmusterabteilung aufgefordert worden, die ihr entstandenen Kosten mittels

einer „Kostennote“ zu belegen, worauf die Antragsgegnerin mit der Einreichung einer „Kostennote“ vom 22. April 2014 reagiert und ihre Kosten gegenüber der Gebrauchsmusterabteilung in Höhe von 3.026,00 € beziffert hat. Diesen Betrag errechnete sie aus einer 2,0-fachen Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG auf der Grundlage eines Gegenstandswertes in Höhe von 100.000 € (3.006,00 €) zuzüglich einem pauschalen Entgelt für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen nach Nr. 7002 VV RVG (20,00 €). Die Gebrauchsmusterabteilung hat der Antragstellerin die „Kostennote“ der Antragsgegnerin übersandt, wobei sie dieser eine Frist zur Stellungnahme bis Ende Januar 2015 gewährt hatte.

Bereits am 2. Dezember 2014 hat die Gebrauchsmusterabteilung des DPMA mit Kostenfestsetzungsbeschluss, der den Vertretern der Antragstellerin am 8. Dezember 2014 zugestellt worden war, die der Antragstellerin von der Antragsgegnerin zu erstattenden Kosten in Höhe von 8.369,60 € festgesetzt. Bei der Bemessung der Gebühren ist die Gebrauchsmusterabteilung von einem Gegenstandswert in einer nach § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG geschätzten Höhe von insoweit maximal zulässigen 500.000 € ausgegangen. Auf dieser Grundlage wurden in den vorzunehmenden Kostenausgleich für beide Verfahrensbeteiligte jeweils eine 2,0-fache Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG eingestellt (2 x 5.992,00 €). Die Höhe des Gegenstandswertes hat die Gebrauchsmusterabteilung damit begründet, dass dieser Wert einer Schätzung entspreche, die bereits in einem Kostenfestsetzungsverfahren, das ein paralleles Gebrauchsmuster betroffen habe, vorgenommen worden sei.

Die sonstigen Kosten, die von beiden Beteiligten neben den Gebühren geltend gemacht wurden (vgl. oben), sind von der Gebrauchsmusterabteilung im Kostenfestsetzungsbeschluss jeweils antragsgemäß berücksichtigt worden.

Die Antragstellerin hat am 22. Dezember 2014 gegen diesen Kostenfestsetzungsbeschluss Beschwerde eingelegt und die entsprechende Beschwerdegebühr entrichtet.

Sie macht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend, da die Gebrauchsmusterabteilung den Kostenfestsetzungsbeschluss bereits deutlich vor Ablauf der Äußerungsfrist erlassen habe, die ihr (der Antragstellerin) mit Zustellung der „Kostennote“ der Antragsgegnerin gewährt worden sei.

In der Sache sei der Gegenstandswert in der zugrunde gelegten Höhe von 500.000 € deutlich zu niedrig bemessen worden. Die hierbei erfolgte Bezugnahme auf eine Schätzung in einem parallelen Kostenfestsetzungsverfahren sei unzulässig. Der Gegenstandswert hätte überhaupt nicht geschätzt werden dürfen, da die Antragstellerin genaue Umsatzzahlen sowie den einschlägigen Lizenzsatz vorgebracht habe. Seit dem Jahr 2008 seien in Deutschland Produkte, die Clopidogrel in der Form eines Benzolsulfonsäuresalzes (Besilats) enthalten hätten, vertrieben worden. Das Streitgebrauchsmuster sei damit über mehr als 8 Jahre hinweg für den deutschen Markt relevant gewesen. Im genannten Zeitraum seien in Deutschland mit Produkten gemäß Streitgebrauchsmuster ca. ... € pro Jahr erzielt worden. Diese Angabe ergäben sich aus dem Arzneiverordnungs-Report 2010, wonach im Jahr 2009 im deutschen Markt mit zwei Produkten (Clopidogrel Hexal[®] und Clopidogrel-ratiopharm[®]), die Clopidogrel in teilweise kristalliner Form und als Besilat enthalten hätten, Umsätze in Höhe von insgesamt ... € erzielt worden seien. Selbst wenn man bei Clopidogrel in der Form eines Besilats lediglich einen durchschnittlichen Jahresumsatz von ... € heranziehen würde, ergäbe sich für die Dauer der relevanten Laufzeit des Streitgebrauchsmusters immerhin noch der sehr beachtliche Wert eines Gesamtumsatzes mit einschlägigen Clopidogrel-Produkten in Höhe von ... €. Hieraus errechne sich wegen des hier üblichen Lizenzsatzes von ...% ein Gegenstandswert in Höhe von 45 Millionen €. Der Gegenstandswert von 30 Millionen €, also in Höhe der im RVG gesetzlich geregelten Obergrenze, sei daher mehr als gerechtfertigt.

Ebenfalls zu niedrig bemessen sei die im angefochtenen Kostenfestsetzungsbeschluss nur in Höhe eines 2,0-fachen Satzes angenommene „Verfahrensgebühr“.

Die Gebrauchsmusterabteilung sei in der Begründung des Kostenfestsetzungsbeschlusses selbst von einem 1,3-fachen Satz für das Verfahren und einem 2,0-fachen Satz für die mündliche Verhandlung ausgegangen. Es sei zwar die Deckelung der Gebühr nach dem Gebührentatbestand Nr. 2300 VV RVG zu beachten. Wegen des aufwendigen und schwierigen Verfahrens sei der dort bestimmte, maximal mögliche Gebührensatz in Höhe von 2,5 hier auszuschöpfen.

Hinsichtlich der Kosten der Antragsgegnerin sei bereits zweifelhaft ob mit der Vorlage der „Kostennote“ vom 22. April 2014 überhaupt ein Kostenfestsetzungsantrag gestellt worden sei. Da die Antragsgegnerin dort eigene Kosten nur in Höhe von 3026,00 € genannt habe, sei die Gebrauchsmusterabteilung auch nicht befugt gewesen, zugunsten der Antragsgegnerin Kosten in nahezu doppelter Höhe von 6.012,00 € anzusetzen.

Die Antragstellerin hat beantragt,

den Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts vom 2. Dezember 2014 abzuändern und die ihr von der Antragsgegnerin zu erstattenden Kosten auf der Basis eines Gegenstandswertes in Höhe von 30 Millionen € neu festzusetzen und dabei eine 2,5-fache Geschäftsgebühr in Ansatz zu bringen.

Ferner beantragt sie, die Rückzahlung der Beschwerdegebühr.

Der Antragsgegnerin hat beantragt,

1. die Beschwerde und
2. den Antrag der Antragstellerin auf Erstattung der Beschwerdegebühr zurückzuweisen.

Im Wege einer unselbständigen Anschlussbeschwerde hat sie (sinngemäß) zusätzlich (zu 3.) beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses der Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts vom 2. Dezember 2014 die von ihr (der Antragsgegnerin) der Antragstellerin zu erstattenden Kosten auf der Grundlage eines Gegenstandswertes in Höhe von 500.000 € und einer 1,3-fachen Geschäftsgebühr festzusetzen, sowie die in Höhe von 3.325,00 € zugunsten der Antragstellerin berücksichtigten Recherche- und Gutachterkosten aus dem Kostenansatz herauszunehmen.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass zugunsten der Antragstellerin eine Erstattung der Beschwerdegebühr nicht in Frage komme, da diese nicht in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei.

Im Übrigen sei die Antragstellerin ihrer Obliegenheit, belastbare Angaben für einen Gegenstandswert in Höhe von 30 Millionen € vorzulegen, nicht nachgekommen. Die Gebrauchsmusterabteilung habe zu Recht nur eine Schätzung des Gegenstandswertes vorgenommen, da die Antragstellerin keine hinreichenden Tatsachen vorgetragen habe. Für die Festlegung des Gegenstandswertes sei von Bedeutung, dass hierzu nach der Rechtsprechung des Bundespatentgerichts auf den Sach- und Kenntnisstand bei Löschungsantragstellung, hier also auf eine Prognose zum Zeitpunkt der im Jahr 2008 erfolgten Antragstellung, abgestellt werden müsse. Im Jahr 2008 sei für die einschlägigen Marktteilnehmer bereits erkennbar gewesen, dass das Streitgebrauchsmuster nur von geringem Wert sein konnte. Dies habe sich anhand des für den Fortbestand des Streitgebrauchsmusters negativ ausgefallenen Rechercheberichts abgezeichnet, der im Jahr 2006 zur europäischen Patentanmeldung ..., der Voranmeldung zum vorliegend abgezwigten Streitgebrauchsmuster, ergangen gewesen sei.

Darüber hinaus sei entscheidungsrelevant, dass mit dem Streitgebrauchsmuster lediglich ein teilkristallines Besilatsalz des Clopidogrels beansprucht worden sei. Die beiden im Arzneiverordnungs-Report 2010 genannten, im deutschen Markt befindlichen Produkte hätten das Besilatsalz des Clopidogrels auch in einer amorphen Form enthalten haben können. Eine technische Lehre wonach der Wirkstoff Clopidogrel-Besilat auch in der amorphen Form eines Schmelzgranulats habe stabilisiert werden können, sei bekannt gewesen.

Die Antragsgegnerin bestreitet ausdrücklich, dass die von der Antragstellerin mit dem Arzneiverordnungs-Report 2010 zu den Arzneimitteln Clopidogrel Hexal[®] und Clopidogrel-ratiopharm[®] ausgewiesenen Umsatzzahlen eine verlässliche Grundlage für die Berechnung des vorliegenden Gegenstandswertes seien. Zuverlässige Zahlen seien nur vom I... Institut zu erhalten, das seine Daten direkt von den Apotheken erhalte. Solche Zahlen habe die Antragstellerin aber nicht vorgelegt. Selbst wenn man zu den im Arzneiverordnungs-Report 2010 genannten Produkten Clopidogrel Hexal[®] und Clopidogrel-ratiopharm[®] unterstellen dürfte, dass es sich hierbei ausschließlich um Produkte gehandelt habe, in denen Clopidogrel als zumindest teilweise kristallines Besilat-Salz enthalten gewesen sei, so müsse man die im Arzneiverordnungs-Report 2010 ausgewiesenen Umsatzzahlen um einen Unsicherheitsfaktor in der Größenordnung von 20% nach unten korrigieren.

Mit dem vorgelegten Arzneiverordnungs-Report 2010 habe sich die Antragstellerin faktisch nur auf Umsatzzahlen aus dem Jahr 2009 bezogen. Daneben habe sie es versäumt, substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen diese Umsatzzahlen auch einen Anhaltspunkt für jene Umsätze liefern könnten, die in den Jahren 2008 einerseits und in den Jahren 2010 ff. andererseits erzielt worden seien. Die beiden im Arzneiverordnungs-Report 2010 genannten Arzneimittel Clopidogrel Hexal[®] und Clopidogrel-ratiopharm[®] hätten ihre Zulassung – was im Übrigen zwischen den Parteien unstrittig ist – erst am 21. Mai 2008 erhalten, weshalb Angaben aus dem Jahr 2009 nicht ohne weiteres auch auf das Jahr 2008 übertragbar seien. Der Pharmamarkt sei instabil und es müsse angenommen werden, dass die hohen

Umsatzzahlen, die für das Jahr 2009 unterstellt würden, auch nur einer einmaligen Ausnahmesituation geschuldet gewesen sein könnten.

Beispielsweise sei es im Jahr 2010 sowohl bei *H...* als auch bei *R...* wegen Produktionsmängeln beim gemeinsamen indischen Zulieferer zu Problemen mit dem Wirkstoff Clopidogrel-Besilat gekommen. Die beiden vorgenannten Unternehmen hätten ihre Produkte teilweise wieder zurückrufen müssen, was für das Jahr 2010 und auch für die Folgejahre zu einer großen Marktverunsicherung geführt habe. Ein weiterer Grund für einen Umsatzrückgang bei Clopidogrel-Besilaten sei gewesen, dass die Unternehmen *H...* und *S...* ab dem Jahr 2010 mindestens gleichwertige, wenn nicht gar bessere Produkte mit dem Wirkstoff Clopidogrel-Hydrochlorid auf den Markt gebracht hätten. Hierdurch sei es zu einer Teilung des Marktes gekommen. Ab dem Jahr 2011 seien mit Arzneimitteln auf Clopidogrel-Besilat-Basis überhaupt keine Umsätze mehr erzielt worden.

Ein wesentlich geringer Wert des Streitgebrauchsmusters habe sich auch dadurch ergeben, dass im Jahr 2008 bereits das gut im Markt eingeführte Konkurrenzprodukt Plavix[®] existiert habe, welches seit Mitte des Jahres 1998 zugelassen sei und für dessen Wirkstoff Clopidogrel-Hydrogensulfat im Jahr 2008 noch ein ergänzendes Schutzzertifikat mit Laufzeit bis in das Jahr 2013 erteilt worden sei. Das Indikationsspektrum des Konkurrenzprodukts Plavix[®] sei zudem auch breiter gewesen. Es werde daher ausdrücklich bestritten, dass ein einschlägiger Marktteilnehmer zum Zeitpunkt der Löschungsantragstellung für das Jahr 2009 bezogen auf die beiden Arzneimittel Clopidogrel Hexal[®] und Clopidogrel-ratiopharm[®] einen Jahresumsatz in Höhe von bis zu ... € prognostiziert hätte.

Bei der Ermittlung des Gegenstandswertes könne auch keineswegs von einem Lizenzsatz in Höhe von ...% ausgegangen werden. Dieser sei weit überhöht. Üblich sei im Pharmabereich ein Lizenzsatz zwischen 0,5 und 5%. Ein höherer Lizenzsatz bedürfte einer besonderen Begründung, die die Antragstellerin aber

schuldig geblieben sei. Angesichts der geschilderten Marktumstände müsse vielmehr von einem nach unten korrigierten Lizenzsatz in Höhe von nur 2 bis 3% ausgegangen werden.

Für einen höheren Gegenstandswert über den maximal möglichen Schätzwert von 500.000 € hinaus gebe es keine Grundlage.

Es müsse ferner davon ausgegangen werden, dass für die anwaltliche Tätigkeit im vorliegenden Lösungsverfahren nur der nach Nr. 2300 VV RVG geltende Regelsatz einer 1,3-fachen Geschäftsgebühr verdient worden sei. Das patentamtliche Verfahren sei aus anwaltlicher Sicht durchschnittlich schwierig und nicht besonders umfangreich gewesen. Es sei nicht ersichtlich, welche konkreten Erschwernisse die Annahme eines höheren als den eines 1,3-fachen Satzes rechtfertigen könnten.

Hinsichtlich der festgesetzten Recherchekosten und Kosten für experimentelle Untersuchungen werde nach wie vor die Notwendigkeit bestritten; darüber hinaus seien auch keine Nachweise, z. B. Rechnungen etc., vorgelegt worden. Damit sei auch keine hinreichende Glaubhaftmachung gegeben.

Die Antragstellerin hat hierauf repliziert, dass die Kosten für die durchgeführte Recherche objektiv notwendig gewesen seien. Die Recherche habe der Vorbereitung des Lösungsantrags gedient und sei durch ein berechtigtes Interesse der Antragstellerin gerechtfertigt gewesen, woran bei Gebrauchsmustern, die ungeprüft seien, kein Zweifel bestehen könne. Im Hinblick auf den Schutzgegenstand des Streitgebrauchsmusters habe die Recherche von einer qualifizierten Rechercherin durchgeführt werden müssen. Der Zeitaufwand von 15 Stunden habe sich im angemessenen Rahmen bewegt. Es werde anwaltlich versichert, dass die Kosten tatsächlich entstanden seien. Die experimentellen Untersuchungen hätten nur deswegen durchgeführt werden müssen, weil die Antragsgegnerin stets bestritten habe, dass bereits eine Lehre aus dem Stand der Technik zum Gegen-

stand des Streitgebrauchsmusters geführt hätte. Auch insoweit werde anwaltlich versichert, dass die geltend gemachten Aufwendungen tatsächlich entstanden seien. Zu den weiteren Ausführungen der Antragsgegnerin bezüglich der Entwicklung der in Zusammenhang mit dem Gegenstand des Streitgebrauchsmusters in den Jahren 2008, 2009 und später erzielten Umsätze hat die Antragstellerin sich nicht weiter geäußert.

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

II.

1. Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig. Sie ist innerhalb der zweiwöchigen Frist nach § 17 Abs. 4 GebrMG i. V. m. §§ 62 Abs. 2 Satz 4, 73 PatG eingelegt worden. In dieser Frist ist auch die Beschwerdegebühr in Höhe von 50 € (Nr. 401 200 der Anlage zu § 2 Abs. 1 PatKostG) ordnungsgemäß einbezahlt worden.

2. Die Beschwerde der Antragstellerin hat teilweise Erfolg.

a) Die Antragstellerin dringt mit ihrer Beschwerde insoweit durch, als sie den von der Gebrauchsmusterabteilung auf lediglich 500.000 € geschätzten Gegenstandswert angreift. Der Vortrag der Antragstellerin ist geeignet, zu ihren Gunsten eine deutliche Heraufsetzung des Gegenstandswertes und des damit verbundenen Erstattungsbetrages zu bewirken.

a1) Die Bestimmung des Gegenstandswertes bemisst sich gemäß §§ 23, 33 RVG i. V. m. §§ 3, 4 ZPO, weil es für das Lösungsverfahren von Gebrauchsmuster an Wertvorschriften für die Anwaltsgebühren fehlt (vgl. Bühring/Schmid, GebrMG, 8. Aufl., § 17 Rn. 114). Der Gegenstandswert muss hiernach ggf. auf der

Grundlage der vorgetragenen tatsächlichen Anhaltspunkte nach pflichtgemäßem Ermessen geschätzt werden, wobei der Ausgangspunkt – wie die Antragsgegnerin insoweit zu Recht ausgeführt hat – der gemeine Wert des Streitgebrauchsmusters zum Zeitpunkt der Löschungsantragstellung ist. Nachträgliche Entwicklungen lassen die für den Beginn des Verfahrens zu treffenden Bewertungen des Gegenstandswertes unberührt (vgl. *Busse/Keukenschrijver*, 8. Aufl., Rn. 59 zu § 17 GebrMG i. V. m. Rn. 68 zu § 84 PatG; BPatG GRUR 2014, 1135, 1136, Rz. 9 – „Zwischenwirbelimplantat“). Hiermit ist vor allem gemeint, dass die Rechtsbeständigkeit des Gebrauchsmusters im Rahmen der Kostenfestsetzung losgelöst von der zuvor getroffenen Sachentscheidung zu unterstellen ist (vgl. *Bühning/Schmid*, GebrMG, 8. Aufl., § 17 Rn. 116). Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin fällt deshalb nicht ins Gewicht, dass der Recherchebericht der im Jahr 2006 zur europäischen Patentanmeldung ..., also zur Voranmeldung ergangen ist, aus der das vorliegende Streitgebrauchsmuster abgezweigt wurde, für den Bestand des Streitgebrauchsmusters eine negative Prognose enthielt. Entscheidend für die Bestimmung des gemeinen Wertes ist demnach das Interesse der Allgemeinheit an der Beseitigung des Schutzrechts, das sich wiederum nach dem konkreten „Droh- und Behinderungspotential“ richtet, das ein eingetragenes Gebrauchsmuster – seine Rechtsbeständigkeit unterstellt – entfaltet hätte (vgl. *Eisenrauch* in: *Fitzner/Bodewig/Lutz*, PatRKomm, 4. Aufl., § 17 GebrMG Rn. 35; BPatGE 26, 208, 218).

Der von der Gebrauchsmusterabteilung im angegriffenen Beschluss geschätzte und nunmehr auch von der Antragsgegnerin postulierte Gegenstandswert in Höhe von 500.000 € greift bereits nach den vorstehend genannten Grundsätzen zu kurz. Die Gebrauchsmusterabteilung durfte jedenfalls den Gegenstandswert des vorliegenden Verfahrens – wie die Antragstellerin zu Recht bemängelt hat – nicht einfach mit dem Gegenstandswert eines anderen Lösungsverfahrens gleichsetzen, selbst wenn sich dieses auf ein vergleichbares („paralleles“) Gebrauchsmuster bezogen haben sollte.

Für die Bestimmung des gemeinen Wertes gelten im Einzelnen die folgenden, grundsätzlichen Überlegungen: Mit der Löschung besteht für die Mitbewerber eines Gebrauchsmusterinhabers die Möglichkeit, den geschützten Gegenstand frei zu benutzen. Während des Bestandes eines Schutzrechts müssten hierfür Lizenzen gezahlt werden. Zum Zwecke der Wertermittlung können die erzielten Erträge zugrunde gelegt werden (vgl. Bühring/*Schmid*, GebrMG, 8. Aufl., § 17 Rn. 118). Demnach kann das Allgemeininteresse aus den Zahlungen errechnet werden, die alle Mitbewerber während der möglichen Laufzeit des Gebrauchsmusters zu leisten gehabt hätten bzw. durch die Löschung erspart haben. Der Betrag entspricht damit dem Wert aller möglicher auf der Basis von Lizenzanalogie ermittelten, hypothetischen Schadensersatzansprüche.

a2) Bemessung des gemeinen Werts des Streitgebrauchsmusters bezogen auf das Jahr 2009

Es gilt, dass derjenige, der die Festlegung eines bestimmten Gegenstandswertes anstrebt, tatsächliche Anhaltspunkte und ihre rechtliche Relevanz für eine Berechnung oder Schätzung so vortragen muss, dass diese nachvollziehbar zugrunde gelegt werden können (vgl. Bühring/*Schmid*, GebrMG, 8. Aufl., § 17 Rn. 117).

Bezogen auf das Jahr 2009 ist die Antragstellerin ihrer Obliegenheit, hinreichend konkrete Zahlen vorzulegen, nachgekommen. Sie hat jedenfalls insoweit tatsächliche Anhaltspunkte vorgetragen, auf deren Grundlage sich der gemeine Wert des Streitgebrauchsmusters ausreichend erschließt und sich so der Gegenstandswert – bezogen auf das Jahr 2009 – auf der Basis einer Lizenzanalogie errechnen lässt. Die Antragsgegnerin hat die von der Antragstellerin für das Jahr 2009 vorgetragenen Umsatzzahlen nicht in rechtserheblicher Weise bestritten, weshalb der Senat eine Verwertung der von der Antragstellerin gelieferten Zahlen nicht behindert ist.

Nach dem von der Antragstellerin vorgelegten Arzneiverordnungs-Report 2010 waren im Jahr 2009 die Produkte Clopidogrel Hexal[®] und Clopidogrel-ratiopharm[®] auf dem deutschen Markt gewesen, die den Wirkstoff Clopidogrel – wie vom Streitgebrauchsmuster beansprucht – als Besilat enthielten. Mit diesen insoweit auch unstrittig als einschlägig anzusehenden Produkten sind nach dem Report im Jahr 2009 Umsätze in Höhe von insgesamt ... € (... und ... €) erzielt worden, von denen die Antragstellerin jedenfalls ... € als gesichert ansieht. Insbesondere ist hierbei als unstrittig anzusehen, dass es sich bei diesen Produkten um solche gehandelt hat, die das Clopidogrel teilweise als kristallines Besilatsalz enthielten.

Der Hauptanspruch des Streitgebrauchsmusters enthielt, bezogen auf das Vorhandensein eines Besilatsalzes in teilweiser kristalliner Form keine konkrete Konzentrationsangabe. Er war daher so weit gefasst, dass jedes Produkt, das den Wirkstoff Clopidogrel-Besilat teilweise – und sei es auch nur in Form von Spuren – in kristalliner Form enthalten hätte, vom Schutzbereich des Streitgebrauchsmusters umfasst gewesen wäre (vgl. z. B. BGH GRUR 2008, 779 ff. – „Mehrgangnabe“). Weiter hat die Antragsgegnerin nur allgemein zu Bedenken gegeben, es sei auch möglich gewesen, Clopidogrel in Form eines amorphen Besilats zu stabilisieren, und auf eine derartige Lehr in einer europäischen Patentanmeldung der Antragstellerin aus dem Jahr 2007 hingewiesen. Die Antragsgegnerin hat allerdings keinen Beleg vorgelegt, mit dem diese Lehr in einen konkreten Bezug zu den Produkten Clopidogrel Hexal[®] und Clopidogrel-ratiopharm[®] hätte gesetzt werden können. Die Aussage, die Produkte Clopidogrel Hexal[®] und Clopidogrel-ratiopharm[®] könnten ihren Wirkstoff möglicherweise ausschließlich in Form eines amorphen Besilats enthalten haben, ist unsubstantiiert erfolgt und derart unkonkret, dass der darin enthaltene Einwand nicht als ein Bestreiten im Sinne von § 138 Abs. 3 ZPO gewertet werden kann.

Letztlich erfolglos hat die Antragsgegnerin auch behauptet, dass der von der Antragstellerin vorgelegte Arzneiverordnungs-Report 2010 keine zuverlässige Grund-

lage für eine Wertberechnung böte und stattdessen Umsatzzahlen aus den Veröffentlichungen des Marktforschungsunternehmens I... Institut (seit 2017: I... Institut) hätten herangezogen werden müssen. Nach Überzeugung des Senats liefert dieses Nachschlagewerk, das von den renommierten Bearbeitern *Schwabe* und *Paffrath* herausgegeben, vom Wissenschafts-Verlag *Springer* verlegt und vom Wissenschaftlichen Institut der AOK unterstützt wird, durchaus brauchbare Daten. Beim Arzneiverordnungs-Report besteht allerdings insoweit eine Besonderheit, als in diesen nur die jährlich angefallenen Arzneimittelkosten einfließen, mit denen die gesetzlichen Krankenkassen belastet worden sind. Dem berechtigten Anliegen der Antragsgegnerin, die im Arzneiverordnungs-Report 2010 ausgewiesenen Umsatzzahlen um einen 20%igen Unsicherheitsfaktor nach unten korrigieren, kann daher insgesamt nur noch eingeschränkt Rechnung getragen werden. Nach Auffassung des Senats markiert der von der Antragstellerin selbst für das Jahr 2009 in Ansatz gebrachte Wert in Höhe von ... € die äußerste, untere Grenze der nachweislich im Jahr 2009 mit den Produkten Clopidogrel Hexal[®] und Clopidogrel-ratiopharm[®] erzielten Umsätze.

Nachdem die Antragsgegnerin selbst als vorzugswürdige Informationsquelle die Veröffentlichungen des Marktforschungsunternehmens I... Instituts ins Gespräch gebracht hat, oblag es ihr auch, aus solchen Veröffentlichungen entsprechende Zahlen vorzulegen. Da solche alternativen Umsatzzahlen offenbar ohne große Schwierigkeiten zu beschaffen gewesen wären und die Antragsgegnerin sich diese Zahlen unschwer mittels eigener Wahrnehmung hätte aneignen können, durfte sich die Antragstellerin in entsprechender Anwendung von § 138 Abs. 4 ZPO nicht mehr auf ein einfaches Bestreiten der von der Antragstellerin vorgelegten Umsatzzahlen beschränken.

Der Antragsgegnerin ist allerdings insoweit zu folgen, als hier von einem branchenüblichen Lizenzsatz ausgegangen werden muss, der weit unter den von der Antragstellerin vorgetragenen ...% liegt. Grund hierfür ist im Wesentlichen, dass der Schutzgegenstand des Streitgebrauchsmusters dem Bereich der Generika

(Nachahmerpräparate) zuzuordnen ist. Der Wirkstoff Clopidogrel ist unstreitig seit 1998 unter der Markenbezeichnung Plavix[®] auf dem Markt, wobei ein für den Wirkstoff Clopidogrel-Hydrogensulfat erteiltes ergänzendes Schutzzertifikat ebenfalls unstreitig erst im Jahr 2013 ausgelaufen war. Mit dem im Jahr 2007 eingetragenen Streitgebrauchsmuster sollte offensichtlich kein grundlegend neuer Wirkstoff geschützt werden. Dies spiegelt sich auch in der Aufgabe der Erfindung wider, wie sie in der Schrift des Streitgebrauchsmusters in Abschnitt [0005] genannt ist und die lediglich dahingehend lautet, Clopidogrel in einer Form zur Verfügung zu stellen, die leicht zu reinigen, stabil und auch in industriellem Maßstab leicht zu verarbeiten ist. Die Antragstellerin hat in diesem Zusammenhang auch nicht den Versuch unternommen, Angaben hinsichtlich eines besonderen medizinischen Einsatzgebietes speziell von Clopidogrel-Besilat, zu dessen ggf. besserer Bioverfügbarkeit oder Verträglichkeit beim Patienten zu machen. Da insgesamt keine erkennbaren Anhaltspunkte vorliegen, die auf eine besondere Bedeutung der Erfindung hindeuten, liegt der hier branchenübliche Lizenzsatz bei maximal 3%. Mit diesem sind die im Jahr 2009 nachweislich in Deutschland erzielten Umsätzen zu multiplizieren (vgl. Bühring/*Schmid*, GebrMG, 8. Aufl., § 17 Rn. 120).

Hiernach lässt sich der Anteil des gemeinen Werts des Streitgebrauchsmusters, soweit es das Jahr 2009 betrifft, anhand der im deutschen Markt mit den Produkten Clopidogrel Hexal[®] und Clopidogrel-ratiopharm[®] erzielten Umsätze in Höhe von ... € berechnen. Dieser Wert ergibt sich, wie oben skizziert, aus folgenden Faktoren: ... x ... € (Umsätze 2009) x 3 x ... (Lizenzfaktor 3%) = ... x ... € x 3 = ... x ... € = 2.880.000 €.

a3) Schätzung des gemeinen Werts des Streitgebrauchsmusters bezogen auf das Jahr 2008 und die Folgejahre 2010 bis 2014

Bezogen auf das Jahr 2008 und die Folgejahre 2010 bis 2014 hat sich die Antragstellerin im Wesentlichen darauf beschränkt vorzutragen, dass die im Jahr 2009 im deutschen Markt mit den Produkten Clopidogrel Hexal[®] und Clopidogrel-ratio-

pharm[®] in Höhe von ... € erzielten Umsätze ohne weiteres auf jedes Schutzdauerjahr des Streitgebrauchsmusters übertragen werden könnten. Auf diese Weise sollte unter Berücksichtigung eines angemessenen Unsicherheitsfaktors über die Jahre ein Gesamtumsatz in Höhe von mindestens ... € erzielt worden sein. Mit dieser pauschalen Einlassung kann die Antragstellerin nicht durchdringen, da die Antragsgegnerin hiergegen mit Schriftsatz vom 12. Januar 2018 (nebst Anlagen BKS 1 bis BKS 8) einen erheblichen und glaubhaften Vortrag geliefert hat, der nach § 138 Abs. 3 ZPO mangels Gegenäußerung der Antragstellerin als zugestanden anzusehen ist.

Die Antragsgegnerin hat insbesondere darauf hingewiesen, dass die beiden Arzneimittel Clopidogrel Hexal[®] und Clopidogrel-ratiopharm[®] ihre Zulassung erst am 21. Mai 2008 erhalten hatten und die für das Jahr 2009 nachgewiesenen hohen Umsatzzahlen nur einer einmaligen Ausnahmesituation geschuldet gewesen seien. Spätestens im Jahr 2010 sei es bei den Unternehmen *H...* und *R...* wegen Mängeln beim gemeinsamen indischen Zulieferer zu Problemen mit dem Wirkstoff Clopidogrel-Besilat gekommen. Die beiden Unternehmen hätten ihre Produkte teilweise wieder zurückrufen müssen, was zu einer Marktverunsicherung und bezogen auf die Folgejahre zu einem deutlichen und nachhaltigen Umsatzrückgang geführt habe. Gleichzeitig hätten die Unternehmen *H...* und *S...* ab dem Jahr 2010 mindestens gleichwertige, wenn nicht gar ein besseres Produkt mit dem Wirkstoff Clopidogrel-Hydrochlorid auf den Markt gebracht, was dazu geführt habe, dass ab dem Jahr 2011 mit Arzneimitteln auf Clopidogrel-Besilat-Basis überhaupt keine Umsätze mehr erzielt worden seien. Dieser unbestritten gebliebene Vortrag ist auch ohne weiteres nachvollziehbar. Die Richtigkeit dieses Vortrags wird zudem durch den Umstand nahegelegt, dass sich bei den Akten ein von der Antragsgegnerin als Anlage AG1 in Kopie eingereichte, amtliche Veröffentlichung der EUROPEAN MEDICINES AGENCY befindet, wonach das Unternehmen *H...* mit Wirkung zum 9. Februar 2012 die Marktzulassung für das Produkt „Clopidogrel Hexal (clopidogrel)“ wieder zurückgegeben hatte.

Der Senat geht nach alledem davon aus, dass die mit Produkten gemäß Streitgebrauchsmuster bezogen auf das Jahr 2008 und die Folgejahre 2010 bis 2014 erzielten Umsätze zwar beachtlich gewesen sein müssen, dass diese aber für das Jahr 2008 bei weitem noch nicht und für die Folgejahre 2010 ff. nicht mehr Umsatzwerte in einer Größenordnung von ... € erreicht hatten. Insbesondere können die für das Jahr 2009 zugrunde gelegten Umsätze aus den genannten Gründen nicht gleichsam unverändert fortgeschrieben werden. Vielmehr oblag es der Antragstellerin, auch für diese Folgejahre gesondert zu den mit dem Gegenstand des Streitgebrauchsmusters erzielten Umsätze konkret und substantiiert vorzutragen, wozu aufgrund des spezifizierten Sachvortrags zu der Entwicklung am Markt in Bezug auf Produkte auf Clopidogrel-Besilat-Basis umso mehr Anlass bestand. Dem ist die Antragstellerin nicht nachgekommen.

Da nachträgliche Entwicklungen eine zu Beginn des Lösungsverfahrens getroffene Bewertung des Gegenstandswertes unberührt lassen (vgl. BPatG GRUR 2014, 1135, 1136, Rz. 9 – „Zwischenwirbelimplantat“), ist es unerheblich, dass das Streitgebrauchsmuster nahezu vollständig gelöscht wurde. Erheblich ist stattdessen, dass insgesamt drei Lösungsantragsteller die Vernichtung des vorliegenden Streitgebrauchsmusters betrieben hatten, was zusätzlich das besondere Interesse der Allgemeinheit an der Beseitigung des Streitgebrauchsmusters unterstreicht (vgl. z. B. BGH GRUR 2018, 654, 655 – „Ratschenschlüssel II“). In Ermangelung hinreichend genügender Anhaltspunkte für eine Schätzung war insoweit die Regelung des § 23 Abs. 3 Satz 2 RVG zu beachten, wonach in solchen Fällen von einem Gegenstandswert nicht höher als 500.000 € ausgegangen werden darf. Dieser Wert war nicht zuletzt auch wegen des relativ langen Zeitraums, der einerseits Teile des Jahres 2008 und andererseits die Jahre 2010 ff. bis Anfang 2014 umfasst, auszuschöpfen.

b) Aus den beiden in den vorstehenden Abschnitten a2) und a3) ermittelten Werten in Höhe von 2.880.000 € und 500.000 € summiert sich letztlich der Wert, der der vorliegenden Kostenberechnung als Gegenstandswert zugrunde zu legen

ist. Treffen in einer Angelegenheit vermögensrechtliche und nicht vermögensrechtliche Gegenstände zusammen, so werden die Werte gesondert bestimmt und sodann zusammengerechnet (Riedel/Süßbauer/Potthoff, Kommentar zum RVG, 10. Aufl., § 23 Rn. 269). Die gleiche Vorgehensweise ist auch dann angezeigt, wenn eine Angelegenheit – wie hier – aus einem vermögensrechtlichen Gegenstand besteht, von denen der eine Teil unschwer berechnet und der andere Teil nur geschätzt werden kann. Auf diese Weise errechnet sich vorliegend der Gegenstandswert in Gesamthöhe von 3.380.000 €

3. Auch die unselbständige Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin hat teilweise Erfolg.

a) Kosten für die Recherche

Die Antragsgegnerin hat zu Recht die Kosten in Höhe von 1.200,00 € beanstandet, die als Recherchekosten gegen sie geltend gemacht wurden. Bei diesen Kosten ist nicht zweifelsfrei feststellbar, dass diese zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung im Sinne von § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO notwendig waren. Diese Beurteilung folgt bereits aus dem Umstand, dass – worauf die Antragsgegnerin bereits in anderem Zusammenhang hingewiesen hat – im Jahr 2006 zur europäischen Patentanmeldung ... (EP 1 595 884 A2), der Voranmeldung zum vorliegend abgezweigten Streitgebrauchsmuster, eine Recherche durchgeführt worden war. Der Recherchebericht des Europäischen Patentamts (EPA) war damals am 6. September 2006, also deutlich mehr als ein Jahr vor dem Löschungsantrag als Schrift veröffentlicht worden (vgl. EP 1 595 884 A3), wobei die Patentansprüche 1 bis 13 dieser europäischen Anmeldung mit den entsprechenden Schutzansprüchen des vorliegenden Streitgebrauchsmusters völlig identisch waren. Durch das Ergebnis dieser Recherche war (rückblickend) die Entscheidung in der Hauptsache, also die fast vollständige Löschung des Streitgebrauchsmusters, im Wesentlichen vorbestimmt worden (vgl. die entscheidungserhebliche Entgegenhaltung D1). Die Notwendigkeit einer weiteren Recherche kann unter diesen

Umständen nicht einfach mit dem Hinweis begründet werden, bei einem Gebrauchsmuster handele es sich um ein ungeprüftes Recht. Die Antragstellerin hätte vor diesem Hintergrund von sich aus darlegen müssen, weshalb der Löschantrag mit dem bereits durch das EPA recherchierten Material nicht mit genügender Sicherheit erfolgreich erschien und weshalb die Antragstellerin davon ausgehen durfte, dass mit einer weiteren Recherche ein zusätzlicher, einschlägiger Stand der Technik ermittelbar war (vgl. *Bühring/Schmid*, GebrMG, 8. Aufl., § 17 Rn. 194). Hierzu hat die Antragstellerin jedoch keine Ausführungen gemacht.

b) Aufwendungen für die Durchführung der experimentellen Untersuchungen

Zweifel bestehen auch, ob es sich bei den von der Antragstellerin in Auftrag gegebenen experimentellen Untersuchungen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Löschantrag um zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Aufwendungen gehandelt hat, die als Kosten eines Privatgutachtens in voller Höhe der geltend gemachten 2.125,00 € angesetzt werden können. Der „Versuchs-/Analysenbericht“ zu den von Herrn Privatdozent Dr. N... durchgeführten drei Experimenten trägt das Datum vom 18. Juni 2008 und steht damit wohl in einem zeitlichen Zusammenhang mit dem hier in Rede stehenden, sechs Wochen später gestellten Löschantrag. Problematisch erscheint allerdings der sachliche Zusammenhang zum Löschantrag. Der genannte Versuchsbericht hat kein Deckblatt, nennt auf einer Seite „1“ als Anlass ein „Projekt Clopidogrelbesylat“ und bezieht sich hierbei auf ein „Beispiel 1d“, das in den Unterlagen einer europäischen Patentanmeldung vom 16. Februar 1988, die als Schrift EP 0 281 459 A1 veröffentlicht worden war, enthalten ist. Nicht völlig unerheblich unter Kostengesichtspunkten ist, dass die hier in Rede stehenden experimentellen Untersuchungen möglicherweise ursprünglich zur Verwendung in mehreren, unterschiedlichen Rechtsstreitigkeiten vorgesehen waren oder auch ganz anderen Zwecken gedient haben könnten. Glaubhaft gemacht ist durch anwaltliche Versicherung lediglich, dass für die durchgeführten experimentellen Untersuchungen Kosten in Höhe von 2.125,00 € tatsächlich entstanden sind. Aus dem Umstand,

dass durch den Bericht, jedenfalls aufgrund der Darlegungen zu „Experiment 3“, der Ausgang des Lösungsverfahrens in Verbindung mit der Druckschrift D1 in entscheidungserheblicher Weise beeinflusst wurde, ergibt sich in gewisser Weise eine nachträgliche Bestätigung dafür, dass die Einholung des Berichts von Anfang an eine für das Lösungsverfahren zweckentsprechende Maßnahme gewesen sein konnte (vgl. BPatGE 18, 46, 49). Der Senat geht deshalb davon aus, dass die Kosten für die experimentellen Untersuchungen billigerweise in Höhe von einem Drittel (708,33 €) in den Kostenausgleich einzustellen sind.

4. Sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin dringen insoweit nicht durch, als sie bei der Festsetzung der zu erstattenden Kosten die Heranziehung einer 2,5-fachen bzw. lediglich einer 1,3-fachen Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG fordern. Weder für das eine noch für das andere Begehren besteht vorliegend Raum.

Die Gebrauchsmusterabteilung des DPMA ist beim vorliegend angefochtenen Kostenfestsetzungsbeschluss zu Recht davon ausgegangen, dass es sich bei einem Gebrauchsmusterlöschungsverfahren bzw. Feststellungsverfahren um kein gerichtliches Verfahren handelt. Die Lösungsverfahren vor den Abteilungen des DPMA tragen zwar Züge eines justizförmigen Verfahrens (vgl. BGH GRUR 2010, 231, 233 – „Legostein“ und BIPMZ 2015, 112, 113 – „VIVA FRISEURE/VIVA“), gebührenrechtlich handelt es sich bei diesen aber um Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde, weshalb hier der Gebührentatbestand Nr. 2300 VV RVG einschlägig ist.

Hinsichtlich einer angemessenen Höhe der Gebühr ist zu beachten, dass bei der Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG ein Rahmen vorgesehen ist, der von einer 0,5- bis 2,5-fachen Gebühr reicht, wobei allerdings eine Gebühr von mehr als 1,3 nur gefordert werden kann, wenn die Tätigkeit umfangreich und/oder schwierig war. Demnach stellt der 1,3-fache Satz die Regelvergütung für ein durchschnittliches Verwaltungsverfahren dar. Die Antragstellerin ist zwar zu Recht

davon ausgegangen, dass es sich bei einem Gebrauchsmuster-Löschungsverfahren, bei dem ein technischer Gegenstand anhand eines Standes der Technik zu beurteilen ist, grundsätzlich um ein schwieriges Verfahren handelt (vgl. BGH GRUR 2014, 206, 208, Rz. 25 – „Einkaufskühltasche“). Dagegen erlaubt der Gebührentatbestand Nr. 2300 VV RVG die Anhebung eines Gebührensatzes bis zum 2,5-fachen nur dann, wenn im Vergleich zu den Umständen eines üblichen Löschungsverfahrens außerordentliche Erschwernisse hinzugetreten sind. Solche Erschwernisse sind vorliegend aber nicht ersichtlich.

Eine solche außerordentliche Erschwernis wird z. B. dann angenommen, wenn neben einer mündlichen Verhandlung zusätzlich noch eine Beweisaufnahme durchgeführt werden muss und/oder besondere Rechtsfragen behandelt werden müssen, die das Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes übersteigen. Beim hier in Rede stehenden Löschungsverfahren war dagegen weder das eine noch das andere der Fall. Das hier durchgeführte Verfahren war aus anwaltlicher Sicht zwar anspruchsvoll, da es ein Streitiges Verfahren mit mündlicher Verhandlung war, das Streitgebrauchsmuster auf einer Abzweigung beruhte und insgesamt 18 Schutzansprüche aufwies, die anhand von sechs druckschriftlichen Entgegnungen (Anlagen BM 1 bis BM 6 gemäß Löschungsantrag) beurteilt werden mussten. Auch die später von der Gebrauchsmusterabteilung getroffene Hauptsacheentscheidung kommt im Wesentlichen mit dem Verweis auf eine Druckschrift (D1) aus und liefert damit ebenfalls keine Anhaltspunkte für ein besonders anspruchsvolles Verfahren. Von einem außerordentlich schwierigen Verfahren kann hiernach keine Rede sein. Deshalb muss es – wie von der Gebrauchsmusterabteilung zu Recht angenommen – bei einem 2,0-fachen Gebührensatz sein Bewenden haben.

5. Für den nach § 106 ZPO vorzunehmenden Kostenausgleich gilt folgendes: Die im vorliegenden patentamtlichen Löschungsverfahren angefallenen Kosten, deren Erstattung die Antragstellerin von der Antragsgegnerin verlangen kann, richten sich – wovon die Gebrauchsmusterabteilung ebenfalls zu Recht ausgegangen ist – nach der bis zum 31. Juli 2013 gültig gewesenen Gebührentabelle (§ 13

RVG). Da der Löschantrag am 30. Juli 2008 gestellt worden war, lag der Tag der Mandatsübernahme ersichtlich vor dem 31. Juli 2013. Hiernach errechnen sich die Kosten der Antragstellerin und die der Antragsgegnerin auf deren Grundlage der Ausgleich vorzunehmen ist, wie folgt:

a) Kosten der Antragstellerin

Gebührentatbestand	VV RVG Nr.	Satz	Betrag in €
Gegenstandswert: 3.380.000 € (§§ 2 Abs. 1, 23, 33 RVG)			
1. Geschäftsgebühr	2300	2,0	23.392,00
2. Pauschale Entgelte für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen	7002		20,00
3. Kopierkosten	7000		330,55
4. Recherchekosten			---
5. Kosten für experimentelle Untersuchungen – Privatgutachten – beantragt i. H. v. 2.125,00 €		1/3	708,33
6. Gezahlte Löschantragsgebühr			300,00
Gesamtkosten der Antragstellerin:			24.750,88 =====

b) Kosten der Antragsgegnerin

Vorliegend ist es unerheblich, dass die Antragsgegnerin die von ihr zu zahlenden Gebühren lediglich auf der Grundlage eines Gegenstandswertes in Höhe von 500.000 € berechnet hat. Im Rahmen des Kostenausgleichs muss bei den beiderseitigen Gebühren von einem einheitlichen Gegenstandswert ausgegangen werden (vgl. BPatGE 53, 150, 152, mit Hinweis auf eine hier nicht einschlägige Ausnahme). Hieraus ergibt sich auch zwingend, dass die Auffassung der Antragstellerin die Gebrauchsmusterabteilung sei nicht berechtigt gewesen, den Gegenstandswert auch zugunsten der Antragstellerin in entsprechender Weise nach oben anzuheben, im vorliegenden Fall unzutreffend ist. Der Antragsgrundsatz gilt zudem im Rahmen des Kostenausgleichsverfahrens nur mit Einschränkungen (vgl. MüKoZPO/Schulz, 5. Aufl., Bd. 1, § 104 Rn. 63 ff. und § 106 Rn. 7; BGH NJW 2006, 157, 159, Rz. 10), was hier dazu führt, dass der einschlägige, in Höhe von 3.380.000 € ermittelte Gegenstandswert auch bei der Kostenaufstellung der Antragsgegnerin zu berücksichtigen ist:

Gebührentatbestand	VV RVG Nr.	Satz	Betrag in €
Gegenstandswert: 3.380.000 € (§§ 2 Abs. 1, 23, 33 RVG)			
1. Geschäftsgebühr	2300	2,0	23.392,00
2. Pauschale Entgelte für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen	7002		20,00
Gesamtkosten der Antragsgegnerin:			23.412,00 =====

- c) Quotelung und Kostenausgleich gemäß dem am 25. Oktober 2012 verkündeten und später bestandskräftig gewordenen Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung:

Kosten der Antragstellerin		24.750,88 €
Kosten der Antragsgegnerin		23.412,00 €
Kosten des Lösungsverfahrens		48.162,88 € -----
Hiervon trägt die Antragsgegnerin 9/10		43.346,59 €
abzügl. ihrer eigenen Kosten		- 23.412,00 €
Es verbleiben somit:		19.934,59 € =====

Kosten des Lösungsverfahrens		48.162,88 € -----
Hiervon trägt die Antragstellerin 1/10		4.816,29 €
abzügl. ihrer eigenen Kosten		- 24.750,88 €
Es verbleiben somit:		- 19.934,59 € =====

Die Antragsgegnerin hat daher auf der Grundlage des vorgenommenen Kostenausgleichs der Antragstellerin **19.934,59 €** zu erstatten.

6. Ergänzend war antragsgemäß wiederum auszusprechen, dass der festgesetzte Betrag gemäß § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO, ab dem 8. April 2013, also dem Tag des Eingangs des Kostenfestsetzungsantrags beim DPMA, mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB zu verzinsen ist.

7. Vorliegend war es nicht erforderlich, weitere Ermittlungen anzustellen oder auf ergänzenden Vortrag hinzuwirken. Die beiden Verfahrensbeteiligten hatten umfassend Gelegenheit, sich zum Vorbringen der jeweiligen Gegenseite zu äußern. Insbesondere die Antragsgegnerin hat hiervon Gebrauch gemacht und mit einer umfangreichen Eingabe vom 12. Januar 2018 nochmals einen entscheidungserheblichen Vortrag nachgeliefert, von dem die Antragstellerin ausweislich ihres Empfangsbekennnisses vom 16. März 2018 auch Kenntnis erhalten hatte. Die Antragstellerin hatte ausreichend Zeit, um ebenfalls weiter vorzutragen, weshalb der Senat nicht verpflichtet war, der Antragstellerin eine Äußerungsfrist zu setzen oder diese auf den beabsichtigten Termin der vorliegenden Beschlussfassung hinzuweisen (vgl. BGH GRUR-RR 2014, 136 ff. – „M BVB Metro-Tram“).

8. Für den Senat bestand auch keine Notwendigkeit, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, die im Übrigen auch nicht zwingend vorgeschrieben ist (vgl. Bühring, GebrMG, 8. Aufl., § 18 Rn. 98).

9. Die Kostenentscheidung hinsichtlich des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 18 Abs. 2 Satz 2 GebrMG i. V. m. den Regelungen des § 84 Abs. 2 PatG und des § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die auch bei Nebenentscheidungen in Lösungsverfahren anwendbar sind (vgl. Bühring, GebrMG, 8. Aufl., § 18 Rn. 129). Die Antragstellerin hat im Rahmen ihrer Beschwerde beantragt, zu ihren Gunsten auf der Grundlage eines Gegenstandswertes in Höhe von 30 Millionen € eine 2,5-fache Geschäftsgebühr (228.740,00 €), einschließlich aller weiteren Kosten einen Gesamtbetrag in Höhe von 232.715,55 €, beim Kostenausgleich zu berücksichtigen. Nach dieser Maßgabe wären in den Kostenausgleich auch bei der Antragsgegnerin eigene Kosten in Höhe von 228.760,00 € einzustellen gewesen. Hiernach hät-

ten die Kosten des Lösungsverfahrens 461.475,55 € betragen und die Antragstellerin hätte auf der Grundlage eines entsprechenden Kostenausgleichs von der Antragsgegnerin eine Kostenerstattung in Höhe von 186.568 € verlangen können. Im Vergleich zu dem ihr tatsächlich nur in Höhe von 19.934,59 € zugesprochenen Betrag belief sich damit die Zuvielforderung der Antragstellerin auf über 166.000 €. Demgegenüber war damit die Zuvielforderung der Antragsgegnerin, die mit ihrer Anschlussbeschwerde nur eine teilweise Entlastung von dem gegen sie festgesetzten Betrag in Höhe von 8.369,60 € beehrte, im Sinne von § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO verhältnismäßig geringfügig. Die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens waren daher billigerweise nicht anteilig nach den Unterliegens- und Ob-siegensanteilen beider Verfahrensbeteiligten, sondern insgesamt der Antragstellerin aufzuerlegen.

10. Der Antrag der Antragstellerin auf Rückzahlung der Beschwerdegebühr war zurückzuweisen. Ein solcher Antrag ist nach § 18 Abs. 2 Satz 1 GebrMG i. V. m. § 80 Abs. 3 PatG zwar statthaft. Vorliegend scheidet aber eine Rückzahlung dieser Gebühr aus, da dies nicht der Billigkeit entspräche. Die Antragstellerin hat zwar zu Recht darauf hingewiesen, dass der hier angefochtene Kostenfestsetzungsbeschluss zu einem Zeitpunkt ergangen war, als die Frist, die ihr für eine Stellungnahme auf die „Kostennote“ der Antragsgegnerin vom 22. April 2014 gesetzt worden war, noch lief. Zu beachten ist allerdings, dass nicht jede Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör „automatisch“ zur Erstattung der Beschwerdegebühr führt. Um die Rückzahlung der Beschwerdegebühr als billig erscheinen zu lassen, ist es erforderlich, dass der gerügte Verfahrensmangel auch ursächlich für die später eingelegte Beschwerde war (Busse/Engels, PatG, 8. Aufl., § 80 Rn. 92). Die Antragstellerin traf insoweit die Darlegungslast (vgl. BGH NJW 2016, 2890 f., und BGH GRUR 2018, 740 f., Rz. 13 f. – „Gewohnt gute Qualität“), der sie aber nicht hinreichend nachgekommen ist. Die Antragstellerin hat keinen Anhaltspunkt dafür geliefert, dass die angefochtene Entscheidung in einer anderen Form ergangen wäre, wenn die Kostenbeamtin der Gebrauchsmus-

terabteilung mit ihrer Entscheidung ordnungsgemäß bis zum Eingang einer Stellungnahme der Antragstellerin abgewartet hätte.

In ihrer Beschwerdeschrift hat die Antragstellerin lediglich vorgetragen, die „Kostennote“ der Antragsgegnerin vom 22. April 2014 hätte deshalb unberücksichtigt bleiben müssen, weil diese nicht in eindeutiger Weise auf das vorliegende Festsetzungsverfahren bezogen und auch nicht als Kostenfestsetzungsantrag der Antragsgegnerin auszulegen gewesen sei. Dieser Vortrag ist nicht erheblich. Es ist ohne weiteres davon auszugehen, dass eine entsprechende Einlassung, sofern sie noch vor Erlass des Kostenfestsetzungsbeschlusses erfolgt wäre, an seinem Inhalt nichts geändert hätte. Die Antragstellerin übersieht, dass der Gesetzgeber beim Kostenausgleichsverfahren nach § 106 ZPO, das gemäß § 17 Abs. 4 Satz 2 GebrMG i. V. m. § 62 Abs. 2 Satz 3 PatG auch hier unstreitig einschlägig ist, bewusst auf die Stellung mehrerer selbständiger Kostenfestsetzungsanträge verzichtet hat. Hiermit steht im Einklang, dass die Gebrauchsmusterabteilung die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 24. März 2014 ledig aufgefordert hatte, eine Berechnung ihrer Verfahrenskosten einzureichen. Die hierauf am 22. April 2014 beim DPMA eingegangene „Kostennote“ der Antragsgegnerin erfüllte diesen Zweck, wobei sich diese Eingabe auch zweifellos auf das hier in Rede stehende Kostenfestsetzungsverfahren, das von der Antragstellerin eingeleitet worden war, bezog.

11. Aus den vorgenannten Gründen war eine Zurückverweisung an das DPMA gemäß § 18 Abs. 2 Satz 1 GebrMG i. V. m. § 79 Abs. 3 Nr. 2 PatG nicht geboten.

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 beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.

Metternich

Bayer

Eisenrauch

Fa