

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

K o r r o s i o n s s c h u t z - B i n d e

GebrMG § 9

§ 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG ist auch im Verfahren auf Feststellung der Unwirksamkeit eines bereits gelöschten Gebrauchsmusters anzuwenden, und zwar mit der Maßgabe, daß, wenn der Antragsgegner dem Feststellungsantrag nicht rechtzeitig widerspricht, die beantragte Feststellung getroffen wird.

BGH, Beschl. v. 2. März 1967 - Ia ZB 10/65 - Bundespatentgericht

BUNDESGERICHTSHOF

Ia ZB 10/65

BESCHLUSS

Verkündet am
2. März 1967
Oechsler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Rechtsbeschwerdesache

der Erbengemeinschaft nach dem am 30. November 1966 verstorbenen, zuletzt in G. wohnhaft gewesenen Rentner Wilhelm K., bestehend aus

1. der Witwe Bernardine K. in G.
H., B. Straße und
2. der Frau Therese H. geb. K. in G.
-Horst, Eckenerstraße 11,

Antragsgegnerinnen und Rechtsbeschwerdeführerinnen,

-Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. in
-

gegen

die Firma K. - Gesellschaft K. & Co. in W., G. Straße, vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter Werner K., W., D. Straße,

Antragstellerin und Rechtsbeschwerdegegnerin,

-Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. und Dr. in
-

wegen Feststellung der Unwirksamkeit des Gebrauchsmusters
1 761 449.

16

- 2 -

Der Ia-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. März 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Bock, Dr. Spreng, Dr. Löscher, Claßen und Schneider

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des 5. Senats (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenats) des Bundespatentgerichts vom 14. Januar 1965 wird auf Kosten der Rechtsbeschwerdeführerinnen zurückgewiesen.

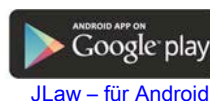
G r ü n d e:

I. Der Rechtsvorgänger der nunmehrigen Antragsgegnerinnen und Rechtsbeschwerdeführerinnen, der am 30. November 1966 verstorbene Rentner Wilhelm K. - im folgenden weiter als der "Antragsgegner" bezeichnet -, war Inhaber des am 18. Januar 1957 zunächst als Hilfsgebrauchsmuster angemeldet und dann auf einen weiteren Antrag vom 10./12. Dezember 1957 am 13. Februar 1958 eingetragenen Gebrauchsmusters 1 761 449. Das Gebrauchsmuster betraf nach seiner Bezeichnung eine "Vorrichtung zur Herstellung von Korrosionsschutz-Binden" und war mit 21 Schutzansprüchen angemeldet und eingetragen worden. Der Schutzanspruch 1 lautete:

- "1. Vorrichtung zur Herstellung von Korrosionsschutz-Binden, die aus einem Trägerstreifen mit einem starken, in erwärmtem Zustande aufgetragenen Belag aus Teer, Bitumen oder dgl. bestehen, dadurch gekennzeichnet, daß sie auf den Trägerstreifen in einem Durchlaufverfahren nach einer besonderen ein Durchtränken mit der Belagmasse bewirkenden Behandlung eine starke Belagmasse aufbringt, die nur so weit erwärmt ist, daß sie auf einer das Ab-



[JLaw - Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



fließen vom Trägerstreifen verhindernden Viskosität gehalten wird, und der Trägerstreifen nach Durchlaufen weiterer Bearbeitungsvorgänge aufgewickelt wird, wobei der Trägerstreifen mit der aufgetragenen starken Belagmasse zwischen den Bearbeitungsvorgängen freihängend solche Strecken durchläuft, daß die jeweils gerade bearbeiteten Teile des Belages stets den für die Bearbeitung erforderlichen Grad der Abkühlung erreicht haben.

2. - 21."

Das Gebrauchsmuster ist am 22. Juli 1960 wegen Zeitablaufs (nach Ablauf der dreijährigen Schutzdauer) in der Gebrauchsmusterrolle gelöscht worden.

Nachdem der Antragsgegner im April 1962 gegen die Antragstellerin beim Landgericht Düsseldorf Klage auf Schadensersatz wegen angeblicher Verletzung seines Gebrauchsmusters in der Zeit von April 1959 bis Januar 1960 erhoben hatte, hat die Antragstellerin beim Deutschen Patentamt mit einem am 24. Mai 1962 eingegangenen Schriftsatz vom 22. Mai 1962 beantragt, festzustellen, daß das Gebrauchsmuster in vollem Umfang von Anbeginn nicht rechtsbeständig gewesen sei. Sie hat zur Begründung geltend gemacht, daß der Gegenstand des Schutzrechts durch den druckschriftlichen Stand der Technik neuheitsschädlich vorweggenommen sei und daß eine mit dem Gegenstand des Gebrauchsmusters übereinstimmende Apparatur im Betriebe der Antragstellerin mehrere Jahre vor der Anmeldung offenkundig vorbenutzt worden sei; auch hätten die Ansprüche des Gebrauchsmusters durchweg Verfahrenscharakter, so daß sie schon aus diesem Grunde nicht hätten eingetragen werden dürfen.

Der den Feststellungsantrag nebst Begründung enthaltende Schriftsatz vom 22. Mai 1962 wurde dem Antragsgegner durch einen am 5. Juli 1962 zur Post gegebenen eingeschrie-

16

benen Brief zugestellt. In einem Begleitschreiben auf Vordruck Gm. Lö. 18 wurde der Antragsgegner aufgefordert, sich innerhalb eines Monats, von der Zustellung an gerechnet, über den beiliegenden Schriftsatz zu erklären. Einen Hinweis auf etwaige Folgen fruchtlosen Fristablaufs enthielt das Begleitschreiben nicht.

Mit einem am 8. August 1962 beim Patentamt eingegangenen Schriftsatz vom 7. August 1962 meldete sich Patentanwalt Dr.-Ing. V[REDACTED] für den Antragsgegner. Der Schriftsatz hatte folgenden Wortlaut:

"Betreff Gebrauchsmuster 1.761.449 Lö I-89/62
Fa. Ke[REDACTED]-Gesellschaft/..... Wilhelm K[REDACTED]

In der vorstehend bezeichneten Sache habe ich die Vertretung des Gebrauchsmusterinhabers übernommen.

Zur Einreichung einer Erklärung auf die Löschungsklage erbitte ich eine weitere Frist von

1 M o n a t.

Vollmacht wird nachgereicht.

Zwei Durchdrucke dieses Schriftsatzes für die Einsprechende sind beigelegt."

Innerhalb der daraufhin vom Patentamt mit Verfügung vom 8. August 1962 bis zum 7. September 1962 bewilligten "weiteren Frist zur Erwidierung auf den Feststellungsantrag" reichte Patentanwalt Dr. V[REDACTED] am 4. September 1962 einen Schriftsatz vom 29. August 1962 ein, der die Überschrift trug: "Erklärung über den Feststellungsantrag der Firma Ke[REDACTED]-Gesellschaft K[REDACTED] & Co mit Schriftsatz vom 22.5.1962". Er hat darin beantragt, den Feststellungsantrag zurückzuweisen, und hat zur Begründung unter anderem ausgeführt, der Stand der Technik habe dem Schutzbegehren nicht entgegengestanden und die Vorbenutzung sei unter Ge-

heimhaltung erfolgt. Später (mit einem Schriftsatz vom 27./28. Mai 1963) hat der Antragsgegner fünf neue Schutzansprüche eingereicht und gebeten, diese Schutzansprüche dem weiteren Verfahren zugrunde zu legen.

Die von der Antragstellerin geforderte Durchführung eines Säumnisverfahrens nach § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG ist vom Vorsitzenden der Gebrauchsmusterabteilung I des Deutschen Patentamts in mehreren Zwischenbescheiden als im Feststellungsverfahren nicht zulässig abgelehnt worden. In dem sodann auf Grund mündlicher Verhandlung ergangenen Beschluß vom 19. Juni 1963 hat die Gebrauchsmusterabteilung I an dieser Rechtsansicht festgehalten, jedoch gleichwohl in der Sache selbst festgestellt, daß das Gebrauchsmuster nicht zu Recht bestanden habe. In der Begründung ist im wesentlichen ausgeführt: der Antragsgegner habe trotz der Bezeichnung und dem Oberbegriff der nachgereichten Ansprüche Gebrauchsmusterschutz in Wirklichkeit nicht für eine "Vorrichtung" begehrt, sondern unzulässigerweise für eine "Anlage" zur Durchführung eines Verfahrens, die aus einzelnen selbständigen Geräten und Vorrichtungen ohne körperliche Einheit und technisch-funktionellen Zusammenhang bestehe; zudem sei die Anlage nicht neu gewesen, da sie offenkundig vorbenutzt worden sei; eine besondere Geheimhaltungspflichtung habe nicht bestanden.

Die vom Antragsgegner dagegen eingelegte Beschwerde ist vom 5. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts durch Beschluß vom 14. Januar 1965 zurückgewiesen worden. Der Beschwerdesenat hat ebenso wie die Gebrauchsmusterabteilung eine Versäumnisentscheidung nach § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG als nicht zulässig angesehen und hat daher ebenso wie diese das Feststellungsbegehren der

Antragstellerin sachlich geprüft. Er hat in seinem Beschluß ferner die Rechtsbeschwerde zugelassen, da mehrere Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden gewesen seien (Schutzfähigkeit einer mehrteiligen Arbeitsgerätschaft mit durchlaufendem Band; sachliche Prüfung im Feststellungsverfahren trotz Versäumung der Widerspruchsfrist).

Dieser Beschluß ist dem Antragsgegner am 18. März 1965 zugestellt worden. Mit einem am 27. März 1965 beim Bundesgerichtshof eingegangenen Schriftsatz hat der Antragsgegner persönlich um Bewilligung des Armenrechts für die Rechtsbeschwerde nachgesucht. Diesem Antrag ist durch Beschluß vom 10. Juni 1965 stattgegeben worden. Mit einem am 22. Juni 1965 eingegangenen Schriftsatz hat der Antragsgegner sodann durch den ihm beigeordneten Rechtsanwalt Rechtsbeschwerde eingelegt. Auf seinen gleichzeitig gestellten Antrag hat ihm der Senat durch Beschluß vom 29. Juni 1965 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Rechtsbeschwerdefrist gewährt. Nach wiederholter Verlängerung der Begründungsfrist - zuletzt bis zum 24. März 1966 - ist die Rechtsbeschwerde mit einem am 18. März 1966 eingegangenen Schriftsatz begründet worden. Nach dem Tode des Antragsgegners (am 30. November 1966) haben seine Witwe und seine Tochter als seine Rechtsnachfolger das Verfahren fortgeführt. Sie beantragen,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Bundespatentgericht zurückzuverweisen.

Die Antragstellerin beantragt,
die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

II. Die Rechtsbeschwerde ist vom Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts zugelassen und damit nach § 10 Abs. 5 GebrMG an sich statthaft. Sie gilt auch - nachdem dem Antragsgegner Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Rechtsbeschwerdefrist gewährt worden ist - als rechtzeitig (§ 41 r Abs. 1 PatG) eingelegt und ist in rechter Form und Frist (§ 41 r Abs. 3 PatG) begründet worden. Sie ist damit zulässig. In der Sache muß ihr jedoch der Erfolg versagt bleiben, da die Vorinstanzen im Ergebnis zu Recht die Feststellung getroffen haben, daß das Streitgebrauchsmuster nicht zu Recht bestanden hat.

1. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Feststellung bestehen keine Bedenken. Zwar ist als patentamtliches Verfahren zur Entscheidung über die Rechtswirksamkeit eines Gebrauchsmusters im Gebrauchsmustergesetz selbst nach dessen Wortlaut an sich nur das sog. "Löschungsverfahren", d.i. das Verfahren über den - von jedermann zu stellenden - Antrag auf Löschung eines (noch eingetragenen) Gebrauchsmusters vorgesehen (§§ 7 bis 9 GebrMG, vgl. auch §§ 4 Abs. 1 und 3; 10 Abs. 2 und 4; 11 GebrMG). Indes ist in Rechtsprechung und Schrifttum seit langem allgemein anerkannt, daß auch ein patentamtliches Verfahren auf Feststellung, daß ein Gebrauchsmuster von Anfang an nicht zu Recht bestanden habe, zulässig ist, wenn das Gebrauchsmuster aus anderen Gründen, z.B. wegen Ablaufs der Schutzdauer oder wegen Verzichts, bereits gelöscht ist oder während eines "Löschungsverfahrens" gelöscht wird, der Antragsteller aber ein besonderes eigenes Rechtsschutzinteresse an der nachträglichen Feststellung der Rechtsunwirksamkeit des (bereits gelöschten) Gebrauchsmusters hat (RGZ 155, 321, 322/23; PA MuW 1938, 227; MuW 1939, 202; BGH GRUR 1963, 494 "Rückstrahler-Dreieck"; Reimer PatG 2. Aufl., Rdn. 10 zu § 7 GebrMG; Benkard PatG 4. Aufl., Rdn. 5 zu § 8 GebrMG;

Busse PatG 3. Aufl., Anm. 3 zu § 8 GebrMG; Tetzner PatG 2. Aufl., Anm. 8 zu § 7 GebrMG, - je m.w.Nachw.). Ein solches besonderes eigenes Rechtsschutzinteresse ist namentlich dann anzuerkennen, wenn der Antragsteller - wie hier - auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, weil er das Gebrauchsmuster, während es eingetragen war, verletzt haben soll.

2. Abgesehen davon, daß ein besonderes eigenes Interesse des Antragstellers an der begehrten Feststellung vorliegen muß und daß die dem Antrag stattgebende Entscheidung eben nicht auf Löschung des Gebrauchsmusters, sondern auf Feststellung seiner Unwirksamkeit geht, gelten im übrigen für das Feststellungsverfahren aber die gleichen Grundsätze wie für das Lösungsverfahren (RGZ 155, 321, 323; Reimer aaO S. 1130). Das gilt, wie jetzt allgemein anerkannt zu sein scheint, zunächst einmal in sachlich-rechtlicher Hinsicht. Wie die sachlich-rechtlichen Voraussetzungen für einen Erfolg des Antrags dieselben sind (§ 7 GebrMG), so sind auch die sachlich-rechtlichen Wirkungen der ihm stattgebenden Entscheidung dieselben: eine die Unwirksamkeit des Gebrauchsmusters feststellende Entscheidung wirkt ebenso auf den Zeitpunkt der Anmeldung des Gebrauchsmusters zurück wie eine die Löschung des Gebrauchsmusters verfügende Entscheidung (PA MuW 1938, 227, 229), und sie wirkt ebenso wie diese für und gegen alle (PA MuW 1939, 202, 204). Das gilt aber ferner, wie - bis auf den hier zur Erörterung stehenden Punkt - jetzt ebenfalls allgemein anerkannt zu sein scheint, auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht. So werden z.B. die an sich auf das "Löschungsverfahren" bezüglichen Vorschriften über die Stellung des Antrags (§ 8 GebrMG), über die Ermittlungen und die Beschlußfassung des Patentamts (§ 9 Abs. 2 und 3), über

die Rechtsmitteleinlegung (§ 10 Abs. 2) und über die Besetzung der zur Entscheidung berufenen Stellen des Patentamts (§ 4 Abs. 3) und des Patentgerichts (§ 10 Abs. 4) sowie die Vorschriften über das Verhältnis zwischen "Löschungsverfahren" und Verletzungsprozeß (§ 11 GebrMG, vgl. dazu auch RGZ 155, 321) unbedenklich auch auf das "Feststellungsverfahren" anzuwenden sein und, soweit dem erkennenden Senat bekannt, in der Praxis auch tatsächlich angewendet. Entgegen der im vorliegenden Fall von der Gebrauchsmusterabteilung I des Deutschen Patentamts und vom Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts vertretenen Auffassung muß aber schließlich auch die für das "Löschungsverfahren" geltende Vorschrift über die Folgen eines nicht rechtzeitigen Widerspruchs des Antragsgegners, - d.i. die Vorschrift, daß ohne weitere Sachprüfung "die Löschung erfolgt", wenn der Gebrauchsmusterinhaber auf die Aufforderung des Patentamts, sich innerhalb eines Monats zu dem Antrag zu erklären, "nicht rechtzeitig widerspricht" (§ 9 Abs. 1 Satz 2 mit Satz 1 GebrMG) - in gleicher Weise, allerdings nur "entsprechend", im "Feststellungsverfahren" angewendet werden.

a) Der Beschwerdesenat hat seine abweichende Auffassung in dem angefochtenen Beschluß wie folgt begründet:

Wenn auch die Bestimmungen des Gebrauchsmustergesetzes über das "Löschungsverfahren" im allgemeinen auf das im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte "Feststellungsverfahren" anzuwenden seien, so könne das doch nicht für solche Verfahrensbestimmungen gelten, die gerade aus der Eigenart des Löschungsantrages als solchen ihren Sinn und ihre Bedeutung erhielten, wie es bei der Bestimmung des § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG der Fall sei. Die hier erfolgte Androhung der Löschung sei erheblich strenger als etwa die Regelung der

16

Folgen einer gleichen Säumnis des Schutzrechtsinhabers im Nichtigkeitsverfahren nach § 38 Abs. 2 PatG. Die Strenge erkläre sich zum Teil daraus, daß wegen der fehlenden Vorprüfung einer Gebrauchsmusteranmeldung die Vermutung für die Begründetheit des Löschungsantrages bei Gebrauchsmustern wahrscheinlicher sei als bei Patenten. Es komme aber als Grund für die außergewöhnliche Bestimmung des § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG wesentlich hinzu, daß während der Laufzeit des Gebrauchsmusters die Öffentlichkeit bei dem ungeprüften, von Dritten aber zunächst zu beachtenden Schutzrecht ein beträchtliches, mit dem Begehren des Antragstellers gleichlaufendes Interesse an beschleunigter Nachprüfung durch den angegriffenen Schutzrechtsinhaber, ob er das Gebrauchsmuster trotz des Löschungsvorbringens weiter aufrecht erhalten wolle, und anderenfalls an beschleunigter entsprechender Klarstellung der Gebrauchsmusterrolle habe. Sei dagegen das Gebrauchsmuster abgelaufen und könne es damit in die freie Wirtschaft nicht mehr eingreifen, so sei dieses Interesse der Öffentlichkeit nicht mehr gegeben und damit ein wesentlicher Grund für die Androhung in § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG entfallen. Deshalb sei es wenig sinnvoll, wenn man die gerade auf die Verhältnisse beim noch laufenden Gebrauchsmuster abgestellte harte Säumnisandrohung auch nur entsprechend auf das Feststellungsverfahren übertragen wollte. Die von der Antragstellerin geforderte erneute Löschung würde ihr hier zudem mehr geben, als sie beantragt habe und auch nur habe beantragen können und als sie selbst bei einem Anerkenntnis durch den Antragsgegner erreichen könnte, nämlich die Löschung statt der Feststellung, was gewiß nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt gewesen sei. Ebensowenig sei hiernach aber auch im Feststellungsverfahren eine Versäumnisentscheidung auf Stattgabe des Feststellungsantrags ohne jede sachliche Prüfung

gerechtfertigt, nachdem das Interesse der Öffentlichkeit hier entfallen oder mindestens nicht mehr in gleichem Umfang wie etwa bei einer Nichtigkeitsklage gegen ein noch laufendes Patent vorhanden sei.

b) Der erkennende Senat vermag sich dieser Auffassung des Beschwerdesenats und der von ihm dafür gegebenen Begründung nicht anzuschließen.

aa) Die Bedenken des Beschwerdesenats scheinen sich weniger dagegen zu richten, daß im Gebrauchsmuster-Feststellungsverfahren aus einer Säumnis des Antragsgegners überhaupt eine Folgerung gezogen wird, als vielmehr dagegen, daß eine Säumnis des Antragsgegners gerade die in § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG vorgesehene, vom Beschwerdesenat wiederholt als besonders "streng", "hart" und "außergewöhnlich" bezeichnete Folge haben soll. Ein Bedenken dagegen, im Gebrauchsmuster-Feststellungsverfahren aus einer Säumnis des Antragsgegners überhaupt eine Folgerung zu ziehen, würde auch in der Tat gewiß nicht begründet sein. Es würde insbesondere nicht daraus hergeleitet werden können, daß das Gebrauchsmuster-Feststellungsverfahren ebenso wie das Gebrauchsmuster-Löschungsverfahren von dem sog. Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird (§ 9 Abs. 2 GebrMG). Es muß schließlich in jedem Verfahren eine Regel dafür geben, wie das Gericht bei Untätigkeit einer Partei zu einer Entscheidung kommen kann, auf deren Erlaß die nicht säumige Partei ja doch einen Anspruch hat (vgl. dazu Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 9. Aufl., § 106 I 2); und es ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers, je nach der Stärke des von ihm zu berücksichtigenden öffentlichen Interesses an einer richtigen Sachentscheidung des näheren zu bestimmen, ob und welche Folgen die Säumnis einer Partei in dem oder jenem Verfahren haben soll. So ist bei-

spielsweise zwar für das vom Untersuchungsgrundsatz beherrschte Verfahren in Ehesachen (vgl. §§ 617, 622 ZPO) schlechthin bestimmt, daß ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten unzulässig ist (§ 618 Abs. 4 ZPO), während für das ebenfalls vom Untersuchungsgrundsatz beherrschte verwaltungsgerichtliche Verfahren (vgl. § 86 VwGO) ausdrücklich gesagt ist, daß beim Ausbleiben eines Beteiligten auch ohne ihn verhandelt und entschieden werden kann (§ 102 Abs. 2 VwGO). Für das dem Gebrauchsmuster-Löschungs- und -feststellungsverfahren am ehestens vergleichbare, ebenfalls vom Untersuchungsgrundsatz beherrschte Patentnichtigkeitsverfahren (vgl. § 41 b PatG) ist vorgesehen, daß das Gericht, wenn der beklagte Patentinhaber sich nicht rechtzeitig über die Nichtigkeitsklage erklärt, ohne mündliche Verhandlung sofort nach der Klage entscheiden und dabei jede vom Kläger behauptete Tatsache für erwiesen annehmen kann; und für das Gebrauchsmuster-Löschungsverfahren schließlich hat der Gesetzgeber die hier in Rede stehende Bestimmung des § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG erlassen, die, wenn keine zwingenden Gründe entgegenstehen, ebenso wie alle anderen, das Gebrauchsmuster-Löschungsverfahren betreffenden gesetzlichen Bestimmungen eben auch auf das im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Gebrauchsmuster-Feststellungsverfahren entsprechend anzuwenden ist.

bb) Dem Beschwerdesenat ist allerdings zuzugeben, daß die in § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG für den Fall der Säumnis des Antragsgegners bestimmte Folge, daß ohne weitere Sachprüfung zu entscheiden und dem Löschungsantrag stattzugeben ist, vergleichsweise hart erscheint und jedenfalls strenger ist als etwa die in § 38 Abs. 2 PatG bestimmte Säumnisfolge. Das allein ist jedoch kein Grund, die nun einmal für das Gebrauchsmuster-Löschungsverfahren geltende Be-

stimmung des § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG in dem sonst durchaus gleich zu behandelnden Gebrauchsmuster-Feststellungsverfahren nicht anzuwenden. Einen anderen Grund, der dazu zwänge, vermag der erkennende Senat nicht zu sehen. Sofern man das gesetzgeberische Motiv für die besondere Strenge der Säumnisfolge des § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG im Vergleich zu der Säumnisfolge des § 38 Abs. 2 PatG mit dem Beschwerdesenat darin erblickt, daß das Gebrauchsmuster ohne vorherige Sachprüfung eingetragen wird und daher die Wahrscheinlichkeit, der Löschungsantrag könnte begründet sein, bei einem Gebrauchsmuster ungleich größer ist als bei einem geprüften Patent (ebenso Klauer/Möhring, PatG 2. Aufl., Anm. 2 zu § 9 GebrMG), würde dieses Motiv für das nach Ablauf des Gebrauchsmusters durchgeführte Feststellungsverfahren nicht weniger gelten als für das während der Zeit seiner Eintragung durchgeführte Löschungsverfahren. Das vom Beschwerdesenat noch als besonders wesentlich herangezogene Interesse der Öffentlichkeit an einer möglichst schnellen Klarstellung der Gebrauchsmusterrolle dagegen hat für die Frage, ob die Säumnis des Antragsgegners im Feststellungsverfahren die gleiche oder eine andere Folge haben soll als im Löschungsverfahren, keine Bedeutung oder doch jedenfalls nicht die Bedeutung, die der Beschwerdesenat ihm beimißt. § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG handelt von der Säumnis eines an einem zweiseitigen Verfahren Beteiligten und ist daher zumindest in erster Linie dazu da, die Folge festzulegen, die in diesem Verfahren und für die an diesem Verfahren Beteiligten die Säumnis des einen Beteiligten haben soll. Daß die Entscheidung, die im Falle der Säumnis des Gebrauchsmusterinhabers als Antragsgegners nach der Vorschrift des § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG zu ergehen hat, auch die an dem Verfahren nicht beteiligte Öffentlichkeit berührt, ist nicht eine Folge der Säumnis des Gebrauchsmusterinhabers, sondern

eine Folge davon, daß die bei seiner Säumnis ohne Sachprüfung gegen ihn ergehende Entscheidung gleichwohl eine Sachentscheidung ist, als solche einer im streitigen Verfahren gegen ihn ergehenden Entscheidung völlig gleichsteht (BGH GRUR 1963, 519, 521 bei I 2c "Klebemax") und daher wie diese auch für und gegen alle Dritten wirkt. Das alles aber ist im Feststellungsverfahren im Prinzip wiederum nicht anders als im Lösungsverfahren. Auch im Feststellungsverfahren würde eine gegen den (früheren) Gebrauchsmusterinhaber ergehende Säumnisentscheidung eine Sachentscheidung sein und als solche für und gegen alle Dritten wirken. Allerdings ist bei der nachträglichen Feststellung der Unwirksamkeit eines bereits aus anderen Gründen gelöschten Gebrauchsmusters der Kreis der Dritten, die von der Entscheidung berührt werden, auf diejenigen beschränkt, die sonst ebenfalls noch als Verletzer in Anspruch genommen werden könnten, während die Löschung eines noch eingetragenen Gebrauchsmusters auch alle diejenigen berührt, die sich durch das Gebrauchsmuster nur irgendwie in der Freiheit ihrer wirtschaftlichen Betätigung beeinträchtigt fühlen könnten. Das ist jedoch kein Grund, dem Antragsteller das Recht auf eine ohne Sachprüfung erfolgende Säumnisentscheidung, das ihm § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG für das Lösungsverfahren gibt, für das entsprechend zu behandelnde Feststellungsverfahren zu verweigern.

cc) Die im Zwischenbescheid des Vorsitzenden der Gebrauchsmusterabteilung I vom 6. November 1962 geäußerte Meinung, den Interessen der Parteien könne durch eine wegen Fristversäumung ergehende formale Entscheidung nicht gedient sein, und die im angefochtenen Beschluß des Beschwerdesenats geäußerte Meinung, der Antragstellerin würde mit einer wegen Fristversäumung erfolgenden Löschung mehr gegeben

werden als sie beantragt habe und auch nur habe beantragen können, sind nicht recht verständlich. Auch eine wegen Säumnis des Gebrauchsmusterinhabers ergehende Entscheidung ist, wie bereits dargelegt, eine Sachentscheidung, und sie kann, wie ebenfalls bereits dargelegt, im Feststellungsverfahren nur noch auf Feststellung der Unwirksamkeit des (bereits gelöschten) Gebrauchsmusters, nicht mehr auf seine Löschung lauten. Insoweit kann § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG - ebenso wie die sonstigen, auf das Gebrauchsmuster-"Löschungsverfahren" abgestellten Vorschriften des Gebrauchsmustergesetzes - im Gebrauchsmuster-"Feststellungsverfahren" eben nur "entsprechend" angewendet werden.

3. Ist danach rechtlich im Gebrauchsmuster-Feststellungsverfahren die (entsprechende) Anwendung auch der Vorschrift des § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG geboten, so sind dann im vorliegenden Fall auch die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vorschrift gegeben gewesen.

Der das Verfahren vor der Gebrauchsmusterabteilung I des Deutschen Patentamts einleitende, den Feststellungsantrag nebst Begründung enthaltende Schriftsatz der Antragstellerin vom 22. Mai 1962 ist dem Antragsgegner durch das Begleitschreiben der Gebrauchsmusterabteilung vom 4. Juli 1962 zwar nicht mittels des für die Mitteilungen nach § 9 Abs. 1 Satz 1 GebrMG damals eingeführten Vordrucks Gm. Lö. 5 (jetzt Gm. Lö. 6 neu) zugestellt worden, sondern mittels des für die Mitteilung sonstiger Schriftsätze eingeführten Vordrucks Gm. Lö. 18, der jedoch - nach teilweise maschinenschriftlicher Ergänzung - ebenfalls die dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 1 GebrMG

entsprechende Aufforderung enthielt, sich über den beiliegenden Schriftsatz innerhalb eines Monats ab Zustellung zu erklären. Diese "Erklärung" ist dann aber nicht schon in dem innerhalb dieser Monatsfrist eingegangenen Schriftsatz des Patentanwalts Dr.-Ing. Varren vom 7. August 1962 abgegeben worden, in dem vielmehr nur um eine weitere Frist zur Einreichung eben dieser "Erklärung" gebeten wurde, sondern erst in dem nach Ablauf dieser Monatsfrist eingegangenen Schriftsatz vom 29. August 1962, der noch dazu ausdrücklich als "Erklärung über den Feststellungsantrag" überschrieben war. Angesichts des klaren Wortlauts sowohl des Gesetzes als auch des Begleitschreibens der Gebrauchsmusterabteilung vom 4. Juli 1962 und der beiden Schriftsätze des Patentanwalts Dr.-Ing. Varren vom 7. und 29. August 1962 ist es nicht möglich, etwa schon den fristgemäß eingegangenen Schriftsatz vom 7. August 1962 dahin auszulegen, daß er die in § 9 Abs. 1 Satz 1 GebrMG gemeinte "Erklärung" zu dem Antrag der Antragstellerin und insbesondere den in § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG gemeinten "Widerspruch" des Antragsgegners enthalten hätte. Das ist bisher in diesem Verfahren auch weder von der Gebrauchsmusterabteilung oder dem Beschwerdesenat angenommen noch vom Antragsgegner selbst geltend gemacht worden. Auch die von der Rechtsbeschwerde in der mündlichen Verhandlung angestellte Erwägung, aus dem Gesamtzusammenhang der zwischen den Parteien anhängig gewordenen Verfahren ergebe sich zwingend, daß der Antragsgegner keinesfalls mit der Feststellung der Unwirksamkeit seines Gebrauchsmusters einverstanden war, vermag nicht weiter zu führen. Es ist zwar richtig, daß der Feststellungsantrag der Antragstellerin vom 22. Mai 1962 gewissermaßen ihre Antwort auf die im April 1962 von dem Antragsgegner gegen sie erhobene Verletzungsklage war. Daraus folgt jedoch noch nicht, daß jede Äußerung des Antragsgegners zu dem Feststellungsantrag, selbst wenn mit ihr ledig-

lich eine Verlängerung der Frist zur Abgabe der geforderten "Erklärung" begehrt wurde, bereits als die Erhebung eines Widerspruchs gegen den Feststellungsantrag aufgefaßt werden müßte. Obwohl es sein eigener Angriff mit der Verletzungsklage war, der ihn durch den Gegenangriff der Antragstellerin mit dem Feststellungsantrag in die Verteidigerrolle gedrängt hatte, konnte der Antragsgegner doch durchaus Gründe haben, von der Verteidigung seines Gebrauchsmusters Abstand zu nehmen, auch wenn er damit zugleich seinem eigenen Angriff im Verletzungsprozeß die Grundlage entzog.

Daß die Gebrauchsmusterabteilung dem Antragsgegner auf den Schriftsatz seines Patentanwalts vom 7. August 1962 die an sich am 8. August 1962 ablaufende einmonatige Frist zur Erwidierung auf den Feststellungsantrag durch Verfügung vom 8. August 1962 bis zum 7. September 1962 verlängerte, vermag nichts daran zu ändern, daß der dann mit dem Schriftsatz vom 29. August/4. September 1962 erhobene "Widerspruch" nicht mehr rechtzeitig im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG war. Da das Gesetz eine Verlängerung der in § 9 Abs. 1 Satz 1 GebrMG bestimmten einmonatigen Erklärungsfrist nicht vorsieht, konnte die Gebrauchsmusterabteilung eine Verlängerung dieser Frist auch nicht rechtswirksam bewilligen.

Die Rechtsbeschwerdeführerinnen können sich schließlich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Feststellungsantrag dem Antragsgegner nur mit dem Vordruck Gm. Lö. 18, der keinen Hinweis auf die Folgen einer Fristversäumnis enthielt, und nicht mit dem Vordruck Gm. Lö. 5 zugestellt worden ist, der die Belehrung enthalten hätte, daß dann, wenn "innerhalb der gesetzlichen, nicht verlängerbaren Frist von einem Monat" ein Widerspruch gegen den

Antrag nicht eingehe, "gemäß § 9 Abs. 1 GebrMG ohne weiteres die Löschung des Gebrauchsmusters in dem beantragten Umfang" erfolge. Der Rechtsbeschwerde ist zwar zuzugeben, daß es gesetzliche Vorschriften gibt, die der Behörde oder dem Gericht die Verpflichtung auferlegen, die Beteiligten auf die Folgen einer Versäumnis hinzuweisen, wie z.B. § 102 Abs. 2 VwGO und § 10 MSchG, oder sogar den Eintritt der Säumnisfolgen von einem solchen Hinweis abhängig machen, wie z.B. § 11 Abs. 3 Satz 4 i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 3 PatG (vgl. dazu auch BGH GRUR 1966, 200 "Benachrichtigung"). Für die Aufforderung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 GebrMG ist jedoch ein Hinweis auf die nach § 9 Abs. 1 Satz 2 GebrMG eintretende Säumnisfolge im Gesetz nicht vorgeschrieben. Es muß daher hier bei der allgemeinen Regel des § 231 ZPO verbleiben, daß die gesetzlichen Folgen einer Versäumung von selbst eintreten, ohne daß es ihrer Androhung bedarf.

4. Die Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patentamts hätte daher, weil der Antragsgegner dem Feststellungsantrag nicht rechtzeitig widersprochen hatte, ohne weitere Sachprüfung die von der Antragstellerin begehrte Feststellung treffen müssen, und der Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts hätte schon aus diesem Grunde die Beschwerde des Antragsgegners gegen die von der Gebrauchsmusterabteilung getroffene Feststellung zurückweisen müssen. Stattdessen haben sowohl die Gebrauchsmusterabteilung als auch der Beschwerdesenat die Rechtsbeständigkeit des Gebrauchsmusters des Antragsgegners eingehend in der Sache selbst geprüft und erst auf Grund dieser Prüfung verneint. Der Beschwerdesenat insbesondere hat den nach der Eingabe vom 27./28. Mai 1963 zuletzt noch geltend gemachten, zusammenfassenden Schutzanspruch 5, der inhaltlich etwa dem der Eintragung zugrunde liegenden Anspruch 1 entsprach, als nicht auf eine einheitliche Arbeitsgerätschaft gerichtet angesehen und den

mit der Eingabe vom 27./28. Mai 1963 ferner geltend gemacht, auf die einzelnen Vorrichtungen der Anlage gerichteten Schutzansprüchen 1 bis 4, falls sie nicht schon wegen unzulässiger Abänderung gegenüber der ursprünglicher Fassung abzulehnen seien, doch jedenfalls die für ein Gebrauchsmuster erforderliche Erfindungshöhe abgesprochen. Ob der Beschwerdesenat danach auch aus sachlichen Gründen zu Recht die von der Gebrauchsmusterabteilung getroffene Feststellung, daß das angegriffene Gebrauchsmuster nicht zu Recht bestanden habe, bestätigt hat und ob die von der Rechtsbeschwerde dagegen erhobenen Angriffe hätten Erfolg haben können oder hätten erfolglos bleiben müssen, dazu kann der erkennende Senat nicht mehr Stellung nehmen. Die Rechtsbeschwerde muß vielmehr schon deshalb zurückgewiesen werden, weil, wie im Vorstehenden dargelegt, die von der Rechtsbeschwerde angegriffene Feststellung ohne Sachprüfung bereits auf Grund der Säumnis des Antragsgegners hätte getroffen werden können und müssen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 41 y Abs. 1 Satz 2 PatG.

Bock	Spreng	Löcher	Claßen	Schneider
------	--------	--------	--------	-----------