

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

a) PatG § 41 o Abs. 1; ZPO § 303

U H F - E m p f ä n g e r II

Im patentgerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbeschwerdeverfahren kann über einen den Fortgang des Verfahrens betreffenden Zwischenstreit durch einen für die Instanz bindenden (Zwischen-) Beschluß entschieden werden.

b) GebrMG § 3 Abs. 1

Die Eintragung eines Gebrauchsmusters darf noch nach Ablauf von sechs Jahren nach Einreichung der Anmeldung (§ 14 GebrMG) verfügt werden.

BGH, Beschl. v. 26. Januar 1967 - Ia ZB 19/65 - Bundespatentgericht

BUNDESGERICHTSHOF

Ia ZB 19/65

BESCHLUSS

Verkündet am
26. Januar 1967
Oechsler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Rechtsbeschwerdesache

betr. die Gebrauchsmusteranmeldung P 15 351/21a⁴

der Firma P [REDACTED] Patentverwaltung GmbH, H [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED]
gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer
Dr. Paul R [REDACTED], daselbst,

Anmelderin und Rechtsbeschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] --.

- 2 -

Der Ia-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Dezember 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Bock, Dr. Spreng, Dr. Löscher und Claßen

beschlossen:

Der Antrag auf Eintragung des am 8. August 1959 angemeldeten Gebrauchsmusters P 15 351/21a⁴ hat sich nicht durch Zeitablauf in der Hauptsache erledigt.

G r ü n d e:

I. Die Anmelderin hat am 8. August 1959 beim Deutschen Patentamt eine Gebrauchsmuster-Hilfsanmeldung für einen "UHF-Überlagerungsempfänger mit einer Topfkreisordnung" eingereicht. Mit Schriftsatz vom 4. Januar 1962 hat sie beantragt, die Eintragung in die Gebrauchsmusterrolle vorzunehmen.

Durch Beschluß der Gebrauchsmusterstelle des Deutschen Patentamts vom 16. Juli 1962 wurde die Anmeldung zurückgewiesen.

Der 5. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts wies die gegen diesen Beschluß eingelegte Beschwerde der Anmelderin mit Beschluß vom 14. September 1962 zurück.

Die vom Bundespatentgericht zugelassene Rechtsbeschwerde führte zur Aufhebung und Zurückverweisung (BGH Ia ZB 14/63 vom 30. Januar 1965, GRUR 1965, 247 - "UHF-Empfänger").



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



Durch Beschluß vom 14. Mai 1965 hat der 5. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts die Beschwerde der Anmelderin gegen den Beschluß der Gebrauchsmusterstelle vom 16. Juli 1962 erneut zurückgewiesen und wiederum die Rechtsbeschwerde zugelassen.

Gegen diesen am 26. Juli 1965 zugestellten Beschluß hat die Anmelderin am 30. Juli 1965 form- und fristgerecht Rechtsbeschwerde eingelegt und beantragt, den angefochtenen Beschluß aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Bundespatentgericht zurückzuverweisen.

Mit Rücksicht darauf, daß am 8. August 1965 die sechsjährige Schutzfrist des am 8. August 1959 angemeldeten Gebrauchsmusters abgelaufen war, wurde die Verhandlung und Entscheidung zunächst auf die Frage beschränkt, ob die Eintragung eines Gebrauchsmusters auch noch nach Ablauf der Schutzdauer zulässig ist.

II. 1. Nach der bisherigen Praxis des Deutschen Patentamts und des Bundespatentgerichts wird die Eintragung eines Gebrauchsmusters in die Gebrauchsmusterrolle nach Ablauf der für den Schutz eines Gebrauchsmusters gesetzlich vorgesehenen Zeitdauer von 6 Jahren als unzulässig abgelehnt (PA BlPMZ 1956, 376; 1960, 264; MittDPatAnw 1960, 247, 251; BPatGerE 2, 110). Das Schrifttum hat sich nahezu einhellig dieser Auffassung angeschlossen (Benkard, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 4. Aufl., Rdn. 4 zu § 3 GebrMG S. 1097; Reimer, Patent- und Gebrauchsmustergesetz, 2. Aufl., Anm. 16 zu § 2 GebrMG S. 1107 unter Hinweis auf Präs.Besch. vom 26. Juli 1941, MuW 1941, 229/30; Busse, Kommentar zum Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl., GebrMG § 2 Anm. 7 a.E.; Bußmann/Pietzcker/Kleine,

Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, II. Teil § 15 D S. 291; a.A., soweit ersichtlich, nur Zeller, Gebrauchsmusterrecht, 2. Aufl., 1952, S. 329 unter Hinweis auf Gebrauchsmuster Nr. 1 536 861 und Präs.Besch. vom 7. Juni 1944 zum Aktenzeichen Nr. II 439/44).

2. Nach der vom Deutschen Patentamt und vom Bundespatentgericht in den genannten Entscheidungen vertretenen Auffassung hätte sich das Eintragungsbegehren im vorliegenden Fall durch Zeitablauf in der Hauptsache erledigt, und die Rechtsbeschwerde, mit der das Eintragungsbegehren aufrechterhalten wird, hätte als unbegründet zurückgewiesen werden müssen. Hält man dagegen mit der Rechtsbeschwerdeführerin abweichend vom Deutschen Patentamt und vom Bundespatentgericht die Eintragung auch nach Ablauf der sechsjährigen Schutzdauer noch für zulässig, so hat dies verfahrensmäßig zur Folge, daß im Rechtsbeschwerdeverfahren die sachlich-rechtliche Prüfung der absoluten Schutzvoraussetzungen für die Eintragung des angemeldeten Gebrauchsmusters fortzusetzen ist. Von der Entscheidung der grundsätzlichen Frage, ob die Eintragung eines Gebrauchsmusters nach Ablauf der sechsjährigen Schutzdauer überhaupt noch möglich ist, hängt es also ab, ob das Eintragungsbegehren noch in sachlich-rechtlicher Hinsicht geprüft werden kann. Aus diesem Grunde war es zweckmäßig, die Verhandlung und Entscheidung zunächst auf diese einen "Zwischenstreit" betreffende Frage zu beschränken.

a) Zwischenstreit im Sinne des § 303 ZPO ist ein innerhalb des Prozesses entstandener Streit über Fragen, die den Fortgang des Verfahrens betreffen. Hierzu gehört insbesondere auch die Frage, ob sich ein Anspruch in der Hauptsache erledigt hat; denn von der Beantwortung dieser Frage hängt es ab, ob, in welcher Richtung und mit welchen

Anträgen das Verfahren seinen Fortgang nehmen kann (so für einen Zwischenstreit über die Klaglosstellung RG JW 1939, 169 li. Sp., letzter Absatz). Da es sich im Falle des § 303 ZPO um Fragen handelt, über die das Gericht nach der Zivilprozeßordnung nur auf Grund obligatorischer mündlicher Verhandlung entscheiden darf, hat die Entscheidung grundsätzlich durch Zwischenurteil zu ergehen. Das Gericht ist an die in dem Zwischenurteil enthaltene Entscheidung gebunden (§ 318 ZPO). Das in der Instanz nicht abänderbare Zwischenurteil stellt hinsichtlich eines einzelnen Streitpunktes einen vorweggenommenen Teil der Endentscheidung dar und ist daher auch nicht selbständig anfechtbar.

b) Von dem Fall des § 303 ZPO unterscheidet sich das vorliegende Rechtsbeschwerdeverfahren dadurch, daß keine obligatorische mündliche Verhandlung vorgesehen ist und daß daher stets nur durch Beschluß zu entscheiden ist. Auch in diesem Verfahren sind die Grundsätze des § 303 ZPO entsprechend anzuwenden; denn auch in einem ohne obligatorische mündliche Verhandlung durchzuführenden Verfahren kann sich in gleicher Weise wie im Falle des § 303 ZPO ein echter Zwischenstreit ergeben, von dessen Entscheidung der weitere Verlauf des Verfahrens bis zur "Endentscheidung" abhängt. Über diesen Zwischenstreit kann selbstverständlich nicht durch "Zwischenurteil", sondern nur durch ("Zwischen-") Beschluß entschieden werden, der für die Instanz die gleiche bindende Wirkung wie das Zwischenurteil nach §§ 303, 318 ZPO hat. Dies hat auch der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung vom 5. Februar 1954 (I ZB 12/53) unter Bezugnahme auf die Entscheidung RGZ 125, 68, 71 für einen nach § 519b ZPO ergangenen Beschluß über die Zulässigkeit eines Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand anerkannt (LM ZPO § 238 Nr. 2).

c) Abweichend von den Fällen der §§ 303, 519b ZPO weist das vorliegende Rechtsbeschwerdeverfahren schließlich noch die Besonderheit auf, daß es sich um ein einseitiges Verfahren handelt, an dem nur die Anmelderin als Rechtsbeschwerdeführerin beteiligt ist; ein Gegner ist nicht vorhanden. Auch diese Besonderheit steht der Anwendung der Grundsätze nicht entgegen, nach denen es zweckmäßig und zulässig ist, entsprechend der in § 303 ZPO getroffenen Regelung eine für die Instanz bindende "Zwischenentscheidung" über einen den Fortgang des Verfahrens betreffenden "Zwischenstreit" zu treffen.

III. 1. Der 1. Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts hat in den bereits angeführten Entscheidungen vom 15. Oktober 1956 (BlPMZ 1956, 376), 14. März 1960 (MittDPatAnw 1960, 247, 251 li. Sp. unter Nr. 11) und 30. März 1960 (BlPMZ 1960, 264 mit ausführlicher Begründung) ausgesprochen, eine Gebrauchsmusteranmeldung "erledige sich" durch Ablauf der längstmöglichen Schutzdauer von 6 Jahren. Nach Ablauf dieser Schutzfrist sei die Eintragung in die Gebrauchsmusterrolle "ohne rechtliche Bedeutung"; ein dennoch aufrecht erhaltener Antrag auf Eintragung sei daher abzulehnen.

Dieser Auffassung hat sich der 5. Senat des Bundespatentgerichts in der Entscheidung vom 26. September 1962 (BPatGerE 2, 110 - 114) angeschlossen und in Übereinstimmung mit der Praxis des Deutschen Patentamts ausgeführt, die Anmeldung eines Gebrauchsmusters diene nach der gesetzlichen Regelung lediglich der Erlangung des gesetzlichen Schutzes des Gebrauchsmusters, der nach § 5 Abs. 1 GebrMG durch die Eintragung in die Gebrauchsmusterrolle zur Entstehung gebracht werde. Eine Eintragung, die erst nach Ablauf von 6 Jahren nach dem auf den Anmeldetag

folgenden Tag vorgenommen werden würde, könnte diesen "gesetzlichen Schutz" nicht mehr herbeiführen. Eine nach Ablauf von 6 Jahren bewirkte Eintragung könnte auch nicht mehr das Gebrauchsmuster als "älteres Recht" im Sinne des § 5 Abs. 2 GebrMG zur Entstehung bringen.

Zur Begründung dieser Auffassung hat der 1. Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts im einzelnen ausgeführt (BlPMZ 1960, 264), weder rechtssystematisch noch nach dem Wortlaut und Sinn und Zweck der genannten Vorschrift lasse sich ein Unterschied zwischen der Entstehung des Verbotsrechts (§ 5 Abs. 1 GebrMG) einerseits und des "älteren Rechts" (§ 5 Abs. 2 GebrMG, § 4 Abs. 2 PatG) andererseits begründen. Wesentlicher gesetzgeberischer Zweck dieser Bestimmungen über das "ältere Recht" sei die Verhinderung eines doppelten Schutzes desselben Erfindungsgedankens. Die Möglichkeit eines doppelten Schutzes bestehe aber erst dann, wenn die ältere Anmeldung auch tatsächlich und rechtlich zu einem Verbotsrecht geführt habe. Sei dagegen die ältere Anmeldung auch nicht zeitweise zu einem endgültigen Verbotsrecht geworden, so sei für die Annahme eines "älteren Rechts" kein Raum. Die gesamte Lehre zum "älteren Recht" sei stets und selbstverständlich davon ausgegangen, daß das Verbotsrecht jedenfalls einmal bestanden haben müsse, damit überhaupt von einem "älteren Recht" gesprochen werden könne. Nach der rechtssystematischen Bedeutung und Auslegung der Institution des "älteren Rechts" sei die Entstehung eines Verbotsrechts notwendige Voraussetzung für das erstere. Damit sei nicht gesagt, daß auch ihr weiteres rechtliches Schicksal dasselbe sein müsse. Die Wirkung des "älteren Rechts" als Hindernis des Schutzes für einen später angemeldeten identischen Erfindungsgedanken sei von dem Weiterbestehen des Verbotsrechts - von Vernichtung und rückwirkender Löschung abgesehen - nicht abhängig.

Der 1. Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts verkennt in der Entscheidung an sich nicht, daß diese Regelung auch zuweilen Nachteile mit sich bringen könne, indem z.B. infolge Zeitablaufs einer älteren Anmeldung eine identische jüngere Anmeldung zu einem wirksamen Schutzrecht aufrücken könne. Er meint aber, es werde sich dabei um Ausnahmefälle handeln, da die heute zuweilen langen Anmeldeverfahren nur zeitbedingt seien und ohnehin dem eigentlichen Sinn der Schutzrechtserteilung widersprächen. Im übrigen habe es der Anmelder durchaus selbst in der Hand, rechtzeitig vor Ablauf die Eintragung des Gebrauchsmusters zu beantragen und im Einzelfall auch auf eine beschleunigte Erledigung zu dringen. Auf sein formelles Recht, nach § 2 Abs. 6 GebrMG eine Gebrauchsmusterhilfsanmeldung bis zur Erledigung der entsprechenden Patentanmeldung in der Schwebe lassen zu können, könne er sich nicht berufen. Denn diese Möglichkeit finde an dem Zeitablauf des Gebrauchsmusters ihre "unatürliche Grenze". Eine Eintragung könnte nichts weiter als den "Schein eines Rechts" schaffen, der nur geeignet sein würde, in der Öffentlichkeit Irrtum über ein angeblich entstandenes Schutzrecht herbeizuführen. Für eine rein formale Rolleneintragung ohne sachliche Bedeutung könne das Patentamt zur Vermeidung eines bloßen Rechtsscheins nicht die Hand bieten (BlPMZ 1956, 376 re. Sp.).

2. Der vom Deutschen Patentamt und vom Bundespatentgericht vertretenen Auffassung kann nicht beigetreten werden. Sie wird der Bedeutung einer Gebrauchsmusteranmeldung nicht gerecht und verkennt auch das Wesen des durch die Eintragung in die Gebrauchsmusterrolle entstehenden "gesetzlichen Schutzes", indem sie der sich aus § 5 Abs. 1 GebrMG ergebenden Schutzwirkung des Gebrauchsmusters eine Bedeutung beimißt, die ihr für den weiteren sich aus § 5

Abs. 2 GebrMG ergebenden Prioritätsschutz nicht zukommt. Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung läßt sich herleiten, daß die Entstehung des Prioritätsschutzes nach § 5 Abs. 2 GebrMG die vorherige Entstehung eines "Verbietungsrechts" nach § 5 Abs. 1 GebrMG zur Voraussetzung habe. Die bisherige Praxis des Deutschen Patentamts und des Bundespatentgerichts führt zu einer nicht zu rechtfertigenden Beeinträchtigung der Rechtsposition, die der Anmelder eines Gebrauchsmusters bereits mit der Anmeldung gegenüber späteren Anmeldern der gleichen Erfindung erlangt.

a) Für die Beurteilung der Rechtsstellung, die der Anmelder eines Gebrauchsmusters mit der Anmeldung erwirbt, sind von wesentlicher Bedeutung die folgenden Grundsätze, die entsprechend der für Patente getroffenen Regelung auch für Gebrauchsmuster gelten:

Mit der Erfindung einer neuen, fortschrittlichen, den Erfordernissen des § 1 GebrMG genügenden "Raumform" erlangt der Erfinder das "Recht auf das Gebrauchsmuster" (§ 5 Abs. 4 GebrMG in Verbindung mit § 3 Satz 1 PatG). Aus der Anerkennung dieses "Erfindergrundsatzes" folgt weiter, daß der aus der Erfindung Berechtigte, dessen Erfindung von einem Nichtberechtigten zum Gebrauchsmuster angemeldet ist, von dem Anmelder verlangen kann, daß ihm der Anspruch auf Erteilung des Gebrauchsmusters oder auch das bereits eingetragene Gebrauchsmuster abgetreten wird (§ 5 Abs. 4 GebrMG in Verbindung mit § 5 PatG).

Dieses - materiellrechtliche - Erfinderprinzip erfährt aus rein verfahrensrechtlichen Gründen eine Abschwächung oder Einschränkung nur insoweit, als in dem Verfahren vor dem Patentamt der Anmelder als berechtigt

gilt, die Eintragung des Gebrauchsmusters zu verlangen (§ 5 Abs. 4 GebrMG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 PatG, "Anmeldergrundsatz"). Auf diese Weise soll eine Verzögerung des Eintragungsverfahrens verhindert werden.

Haben mehrere die Erfindung unabhängig voneinander gemacht, so steht das Schutzrecht dem zu, der die Erfindung zuerst beim Patentamt zum Gebrauchsmuster anmeldet (§ 5 Abs. 4 GebrMG in Verbindung mit § 3 Satz 3 PatG). Bereits mit Rücksicht auf diesen "Prioritätsgrundsatz" kann der Erfinder ein Interesse daran haben, seine Erfindung möglichst frühzeitig zum Gebrauchsmuster anzumelden.

Das Reichsgericht hatte bereits nach dem bis zum Jahre 1936 bestehenden Rechtszustand die Wesensgleichheit zweier Gebrauchsmuster als Lösungsgrund anerkannt, weil sonst nach Ablauf der Schutzdauer des Gebrauchsmusters die Neueintragung des inhaltlich gleichen Musters möglich gewesen wäre (RGZ 150, 65). Damit war für das Gebrauchsmuster derselbe Rechtszustand festgelegt, wie er im Patentrecht von jeher gegolten hat (§ 4 Abs. 2 PatG), und grundsätzlich anerkannt, daß ein vorweggenommenes Schutzrecht die Technik nicht fördern und daher auch nicht rechtsbeständig sein kann. Mit der im Jahre 1936 neu gefaßten Vorschrift des § 5 Abs. 2 GebrMG wurde dies ausdrücklich festgelegt. Wie durch § 4 Abs. 2 Satz 1 PatG eine "Doppelpatentierung" vermieden werden soll, so soll durch § 5 Abs. 2 GebrMG die Entstehung eines doppelten Gebrauchsmusterschutzes für dieselbe Erfindung ausgeschlossen werden. In der Amtlichen Begründung zu den Gesetzen über den gewerblichen Rechtsschutz vom 5. Mai 1936 heißt es zu § 5 GebrMG (BlPMZ 1936, 103, 117 li. Sp.):

"So wenig eine Erfindung zweimal patentiert werden darf, ebensowenig darf der Gebrauchsmusterschutz eintreten, wenn das Muster schon früher angemeldet und eingetragen worden ist....."

Die Unterschiede im Gesetzeswortlaut beider Vorschriften ergeben sich ohne weiteres daraus, daß beim Patent eine Prüfung der Identität des Anmeldungsgegenstandes mit einem "älteren Recht" bereits im Erteilungsverfahren vorgenommen wird und die Feststellung einer Übereinstimmung zur Versagung der Patenterteilung führt, während das Gebrauchsmuster ohne eine solche Prüfung eingetragen wird. Im Gebrauchsmusterregistrierverfahren kann eine "Doppelpatentierung" im Falle der Wesensgleichheit trotz der nicht vermeidbaren "Doppeleintragung" nur dadurch vermieden werden, daß das Gesetz für den Fall der Identität mit einem "älteren Recht" der Eintragung des später angemeldeten Gebrauchsmusters die ihr sonst innewohnende Schutzwirkung abspricht. Die jüngere Eintragung eines wesensgleichen Anmeldungsgegenstandes gewährt also in Wirklichkeit nur den "Schein" eines Gebrauchsmusterschutzes. Nicht nur der Inhaber des "älteren Rechts", sondern jedermann kann diesen Mangel des Schutzrechts gegenüber dem als Inhaber des jüngeren Gebrauchsmusters Eingetragenen entweder im Wege der Einrede im (Verletzungs-) Prozeß oder aber auch im Wege des Lösungsverfahrens nach § 7 Abs. 1 GebRlG geltend machen.

Ein solcher Widerstreit zwischen einem älteren und einem jüngeren Gebrauchsmuster kann sich selbstverständlich erst dann ergeben, wenn beide Gebrauchsmuster eingetragen sind ("Doppeleintragung"). Vor der Eintragung können aus einer Gebrauchsmusteranmeldung Dritten gegenüber überhaupt keine Rechte geltend gemacht werden.

Das ergibt sich für das "Verbietungsrecht" aus § 5 Abs. 1 GebrMG, wonach die Eintragung eines Gebrauchsmusters die Wirkung hat, daß allein dem Inhaber das Recht zusteht, gewerbsmäßig das Muster nachzubilden, die durch Nachbildung hervorgebrachten Gegenstände in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen. Diese Wirkung des Gebrauchsmusterschutzes richtet sich gegen die Benutzung des Musters durch Dritte.

Der sich aus § 5 Abs. 2 GebrMG ergebende "Prioritätsschutz" richtet sich als solcher nicht gegen - unbefugte - Benutzer des Musters, sondern gegen solche Personen, die später ein wesensgleiches - jüngeres - Muster angemeldet haben. In der Anmeldung als solcher liegt noch keine "Benutzung" des Gegenstandes des älteren Gebrauchsmusters. Der einem "älteren Recht" nach § 5 Abs. 2 GebrMG zukommende "Prioritätsschutz" setzt voraus, daß das - später - eingetragene Muster "bereits auf Grund einer früheren Patent- oder Gebrauchsmusteranmeldung geschützt worden ist". Entsprechend dem § 4 Abs. 2 Satz 1 PatG kann das Muster "auf Grund einer früheren Patentanmeldung" nur dann "geschützt" sein, wenn für dieses Muster bereits ein Patent "erteilt" ist. "Auf Grund einer Gebrauchsmusteranmeldung" ist das Muster nur dann "geschützt", wenn es eingetragen worden ist.

Während der Dauer des Gebrauchsmusterschutzes (3 oder 6 Jahre, § 14 GebrMG) hat dieser Schutz also nach § 5 Abs. 1 GebrMG die Wirkung, daß allein dem auf Grund der früheren (älteren) Anmeldung eingetragenen Inhaber des Gebrauchsmusters das Recht zur gewerbsmäßigen Benutzung des Musters zusteht. Er kann also gegen unbefugte Benutzer vor Ablauf der Schutzfrist nicht nur Schadensersatzansprüche, sondern auch Unterlassungsansprüche geltend

machen; nach Ablauf der Schutzdauer kommen nur noch Schadensersatzansprüche wegen der während der Schutzdauer vorgenommenen - unbefugten - Benutzungshandlungen in Betracht.

Die Wirkung des Prioritätsschutzes nach § 5 Abs. 2 GebrMG richtet sich, wie gesagt, nicht gegen "Benutzer" des Musters, sondern gegen Anmelder, die ein wesensgleiches Muster während der Schutzdauer des - älteren - Gebrauchsmusters anmelden. Diese Schutzdauer beginnt nach § 14 Abs. 1 GebrMG mit dem Tage, der auf die Anmeldung folgt. Anders als das Verbotungsrecht nach § 5 Abs. 1 GebrMG richtet sich der Prioritätsschutz nach § 5 Abs. 2 GebrMG also auch gegen Handlungen, die vor der Eintragung des Gebrauchsmusters vorgenommen worden sind, nämlich gegen solche Anmeldungen, die nach der eigenen Anmeldung, sei es vor, sei es nach der eigenen Eintragung, von anderen Personen vorgenommen worden sind und die ebenfalls zur Eintragung geführt haben.

Aus dem "älteren" Gebrauchsmuster können die Rechte aus § 5 Abs. 2 GebrMG gegen das "jüngere" Gebrauchsmuster auch dann noch geltend gemacht werden, wenn das ältere Gebrauchsmuster bereits durch Ablauf der Schutzdauer erloschen ist; das gilt auch dann, wenn das jüngere Gebrauchsmuster, das während der Schutzdauer des "älteren Rechts" angemeldet worden ist, erst nach Ablauf der Schutzdauer des "älteren Rechts" eingetragen worden ist. Da die Schutzfrist des jüngeren Gebrauchsmusters die Schutzfrist des älteren Rechts überdauert, hat der Inhaber des älteren Gebrauchsmusters nach Ablauf seines eigenen Gebrauchsmusters noch ein erhebliches Interesse daran, daß er in der Benutzung seiner eigenen Erfindung nicht durch den Inhaber des jüngeren, noch eingetragenen Gebrauchsmusters gehindert wird. Das

kann er - wie jedermann - dadurch erreichen, daß er auf Grund seines älteren eingetragenen, inzwischen lediglich durch Zeitablauf erloschenen Gebrauchsmusters gemäß § 7 Abs. 1 GebrMG in Verbindung mit § 5 Abs. 2 GebrMG die Löschung des jüngeren Gebrauchsmusters beantragt. Im übrigen könnte er sein "älteres Recht" auch noch im Wege der Einrede gegenüber einer Klage zur Geltung bringen, sofern der eingetragene Inhaber des jüngeren, wesensgleichen Gebrauchsmusters gegen ihn im Klagewege vorgehen würde. An der Beseitigung des jüngeren Gebrauchsmusters und der mit der Eintragung dieses wesensgleichen Gebrauchsmusters unzulässigerweise eingetretenen Verlängerung der Schutzdauer hat aber auch die Allgemeinheit ein anerkanntes Interesse, so daß nach § 7 Abs. 1 GebrMG das Lösungsverfahren von jedermann eingeleitet werden kann. Auf die Sicherung der Öffentlichkeit gegenüber einer Verlängerung des Schutzes mittels eines jüngeren Gebrauchsmusters (durch den ursprünglichen Anmelder oder auch durch einen Dritten) und auf die Sicherung des Benutzungsrechts des Erstanmelders (gegenüber späteren Anmeldern) hat bereits die Amtliche Begründung zu § 5 des Gebrauchsmustergesetzes ausdrücklich hingewiesen (BlPMZ 1936, 117 li. Sp. unten).

b) Das Gebrauchsmuster entsteht nicht bereits mit der Anmeldung, auch nicht mit der Verfügung der Eintragung (§ 3 Abs. 1 GebrMG), sondern erst mit der daraufhin vorgenommenen Eintragung. Daher können Rechte aus dem Gebrauchsmuster auch erst mit der Eintragung geltend gemacht werden.

aa) Wer als "Erfinder" ein "Recht auf den Gebrauchsmusterschutz" erlangt hat (§ 5 Abs. 4 GebrMG i.V.m. § 3 Satz 1 PatG), kann dieses Recht dadurch verwirklichen, daß er das Gebrauchsmuster anmeldet und damit als "Anmelder" zunächst gegen das Patentamt einen "Anspruch auf Erteilung

des Schutzrechts" erwirbt (§ 5 Abs. 4 GebrMG i.V.m. § 4 Abs. 1 PatG). Das Schutzrecht wird alsdann durch Eintragung in die Gebrauchsmusterrolle erteilt.

Im Gebrauchsmusteranmeldungsverfahren wird außer den rein formellen Anmeldeerfordernissen des § 2 GebrMG in sachlicher Hinsicht lediglich die sog. absolute Schutzvoraussetzung der "bestimmten Raumform" geprüft (BGHZ 42, 248 - "Spannungsregler"). Dem Sinn und Zweck des Registrierungsverfahrens entsprechend kann diese Prüfung in aller Regel verhältnismäßig schnell vorgenommen werden, so daß die Eintragung durchweg bereits kurze Zeit nach der Anmeldung verfügt werden kann (§ 3 Abs. 1 GebrMG).

Anders als in dem von Amts wegen durchzuführenden Patenterteilungsverfahren werden nicht die sog. relativen Schutzvoraussetzungen geprüft, zu denen im Rahmen des § 1 GebrMG - positiv - Neuheit, technischer Fortschritt und Erfindungshöhe sowie nach § 5 Abs. 2 - negativ - das Nichtvorhandensein eines "älteren Rechts" gehören. Hieraus folgt, wie bereits dargelegt, daß die - frühere - Anmeldung (und Eintragung) eines Gebrauchsmusters die Eintragung eines später angemeldeten wesensgleichen Gebrauchsmusters nicht hindert. Derartige "Doppelseintragungen" lassen sich in einem reinen Registrierverfahren nicht vermeiden. Haben die Erfordernisse des § 1 GebrMG nicht vorgelegen, so ist in Wahrheit trotz der Eintragung ein Schutzrecht nicht entstanden. Die Eintragung in der Rolle erweckt vielmehr nur den Schein eines solchen. Mit dem Löschungsantrag nach § 7 Abs. 1 GebrMG kann dieser Schein zerstört werden.

Entsprechendes gilt, wenn auf Grund einer jüngeren Anmeldung ein wesensgleiches Gebrauchsmuster eingetragen wird; auch diese Eintragung eines später angemeldeten

wesensgleichen Gebrauchsmusters begründet materiellrechtlich keinen Gebrauchsmusterschutz, sondern erzeugt nur den Schein eines Schutzrechts. Jedermann kann mit dem Löschungsantrag nach § 7 Abs. 1 GebrMG die Beseitigung dieses Scheins erzwingen, und zwar unter Hinweis auf das eingetragene "ältere Recht", dessen Rechtsbestand die Entstehung eines später angemeldeten wesensgleichen Gebrauchsmusters schlechthin ausgeschlossen hat. Dies kann dahor auch nach Ablauf der Schutzdauer des "älteren Rechts" geltend gemacht werden.

bb) Die Wirkungen des Gebrauchsmusterschutzes sind verschieden, je nachdem, ob es sich um die Zeit vor der Eintragung oder um die Zeit nach der Eintragung handelt.

Der Schutz des eingetragenen Gebrauchsmusters dauert 3 Jahre, die mit dem Tag beginnen, der auf die Anmeldung folgt (§ 14 Abs. 1 GebrMG; Verlängerung der Schutzdauer um 3 Jahre nach § 14 Abs. 2 bis 5 GebrMG). Bei der Eintragung ist also ein Teil der Schutzdauer bereits verstrichen.

Der Eingang der Anmeldung bestimmt zugleich den Altersrang (Priorität) des Gebrauchsmusters. Der Altersrang ist maßgebend für den Stand der Technik (§ 1 Abs. 2 GebrMG) und für das Verhältnis zu anderen Schutzrechten (§ 5 Abs. 2 GebrMG). Insoweit äußert der Gebrauchsmusterschutz also bereits bestimmte "Rückwirkungen" für die Zeit zwischen Anmeldung und Eintragung. So können einerseits die in diese Zeit fallenden druckschriftlichen Vorveröffentlichungen nicht mehr als neuheitsschädlich entgegeng gehalten werden. Andererseits können die in dieser Zeit vorgenommenen Anmeldungen wesensgleicher Erfindungen - trotz späterer Eintragung - keinen Gebrauchsmusterschutz begründen. Der während der Schutzdauer des Gebrauchsmusters entstandene

Prioritätsschutz wirkt als solcher zeitlich unbegrenzt. Er kann, wie ausgeführt, auch nach Ablauf der Schutzdauer geltend gemacht werden.

Für die Zeit nach der Eintragung hat der - rechtlich selbstverständlich fortbestehende - Prioritätsschutz aus § 5 Abs. 2 GebrMG seine praktische Bedeutung im wesentlichen dadurch verloren, daß die Unterlagen eingetragener Gebrauchsmuster nach der neueren Rechtsprechung (BGHZ 18, 81; 37, 219) als öffentliche Druckschriften zu bewerten sind. Wenn das ältere Gebrauchsmuster bei Eingang der jüngeren Anmeldung bereits eingetragen war, stehen seine Unterlagen der jüngeren Anmeldung nach § 1 Abs. 2 GebrMG neuheitsschädlich entgegen. Je früher das Gebrauchsmuster eingetragen wird, desto geringer wird also die praktische Bedeutung des Prioritätsschutzes. Die Vorschrift des § 5 Abs. 2 GebrMG bleibt aber immer noch von entscheidender Bedeutung für die Fälle, in denen die ältere Gebrauchsmusteranmeldung bei Eingang der jüngeren noch nicht zur Eintragung geführt hatte. Der zeitliche Wirkungsbereich des "Verbietungsrechts" aus dem Gebrauchsmuster (§ 5 Abs. 1 GebrMG) verringert sich nicht nur praktisch, sondern auch rechtlich, je später die Eintragung vorgenommen wird. Umgekehrt wächst dagegen die praktische Bedeutung des Prioritätsschutzes (§ 5 Abs. 2 GebrMG) in demselben Maße, wie sich mit der Verzögerung der Eintragung die rechtliche Wirkungsdauer des Verbie- tungsrechts vermindert.

Im Regelfalle wird die Eintragung verhältnismäßig schnell nach Eingang der Anmeldung vorgenommen werden. Anders liegt es in den Fällen der Hilfsgebrauchsmusteran- meldung, bei welcher der Anmelder beantragen kann, daß die Eintragung in die Gebrauchsmusterrolle erst vorgenommen wird, wenn die Patentanmeldung erledigt ist (§ 2 Abs. 6

Satz 1 GebrMG), sowie in den selteneren Fällen, in denen die Entscheidung der Frage, ob überhaupt eine "bestimmte Raumform" im Sinne des § 1 GebrMG vorliegt, erhebliche rechtliche Schwierigkeiten bieten kann. Als Beispiele hierfür können der vorliegende Fall wie auch der vom 1. Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts in der Entscheidung vom 14. März 1960 (MittDPatAnw 1960, 249 - 251) behandelte Fall angeführt werden; in beiden Fällen war es aus Gründen, die übrigens dem Anmelder nicht zur Last gelegt werden können, nicht mehr möglich, die Eintragung noch vor Ablauf der sechsjährigen Schutzdauer vorzunehmen.

c) Die Praxis des Deutschen Patentamts und des Bundespatentgerichts, welche die Eintragung des angemeldeten Gebrauchsmusters nach Ablauf der längstmöglichen Schutzdauer von 6 Jahren nicht mehr für zulässig hält, hatte zur Folge, daß der Anmelder, der bereits den Nachteil hinnehmen mußte, daß er kein Verbotungsrecht nach § 5 Abs. 1 GebrMG geltend machen konnte, nun auch noch die bereits mit der Anmeldung erworbene Anwartschaft auf Prioritätsschutz gegenüber späteren Anmeldern der wesensgleichen Erfindung verliert. Diese Rechtsauffassung läßt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck der oben unter III 1 a) und b) dargestellten gesetzlichen Regelung des Gebrauchsmusterschutzes herleiten.

aa) Soweit die bisherige Praxis glaubt, sich auf den Wortlaut des Gesetzes stützen zu können, betrifft dies anscheinend nur den Gebrauch des Wortes "geschützt" in § 5 Abs. 2 GebrMG. Es ist aber nicht erkennbar, weshalb dieses Wort nur in dem engen Sinn auszulegen sei, den es bei Beschränkung auf die Schutzwirkung des § 5 Abs. 1 GebrMG haben würde. Wie oben unter III 1 a) ausgeführt worden ist, erklärt sich der Gebrauch des Wortes "geschützt" in § 5

Abs. 2 GebrMG zwanglos als zusammenfassende Bezeichnung für das Vorhandensein bestehender Schutzrechte, die entweder durch die "Erteilung" eines Patents oder durch die "Eintragung" eines Gebrauchsmusters entstehen können. Soweit es sich um Gebrauchsmuster handelt, hat in diesem Zusammenhang das Wort "geschützt" also nur die Bedeutung von "eingetragen". Im übrigen wird auch in § 1 Abs. 1 GebrMG bei der Definition der schutzfähigen Gegenstände das Wort "geschützt" in einem umfassenden Sinne gebraucht. Danach besteht der Schutz des Gebrauchsmusters nicht nur in der "Ausschließungswirkung" des § 5 Abs. 1 GebrMG, sondern auch in dem "Prioritätsschutz" des § 5 Abs. 2 GebrMG. Diesem Schutz kommt, wie dargelegt, eine wesentliche Bedeutung gerade für die Zeit vor Eintragung des Gebrauchsmusters zu.

In den Fällen des § 2 Abs. 6 GebrMG wird in aller Regel dieser für den Prioritätsschutz wesentliche Zeitraum zwischen Anmeldung und Eintragung des Gebrauchsmusters erheblich verlängert. Die Vorschrift sieht nach ihrem Wortlaut für die Eintragung des Hilfsgebrauchsmusters keine zeitliche Beschränkung vor, obwohl es für den Gesetzgeber von vornherein klar war, daß bis zur "Erledigung der Patentanmeldung" eine längere Zeit als die für Gebrauchsmuster vorgesehene längstmögliche Schutzdauer von 6 Jahren verstreichen kann. Wer sich auf Grund der Hilfsgebrauchsmusteranmeldung den Prioritätsschutz sichern wollte, sah sich nach der bisherigen Praxis gezwungen, unter Aufgabe der ihm nach § 2 Abs. 6 Satz 2 GebrMG eingeräumten gebührenrechtlichen Vorteile so rechtzeitig die - sofortige - Eintragung des Gebrauchsmusters zu beantragen, daß sie noch vor Ablauf der sechsjährigen Schutzdauer vorgenommen werden konnte. Mit dem Wortlaut des § 2 Abs. 6 Satz 1 GebrMG steht es aber noch durchaus im Einklang, wenn die Eintragung des Gebrauchsmusters in jedem Fall erst nach Erledi-

gung der Patentanmeldung und damit möglicherweise auch erst nach Ablauf der Schutzdauer des § 14 GebrMG vorgenommen werden kann.

bb) Zu Unrecht beruft sich demgegenüber die bisherige Praxis darauf, daß die Eintragung ihre "natürliche Grenze" an dem Zeitablauf des Gebrauchsmusters finde. Diese Auffassung, die, wie gesagt, im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze findet, widerspricht aber auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes, weil sie einseitig auf die sich als "Verbietungsrecht" äußernde Schutzwirkung des § 5 Abs. 1 GebrMG abstellt und den durch § 5 Abs. 2 GebrMG vorgesehenen "Prioritätsschutz" als angeblich "vom Verbietungsrecht abhängig" in seiner besonderen Bedeutung völlig vernachlässigt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Entstehung der tatsächlichen und rechtlichen Wirkungen des Prioritätsschutzes aus § 5 Abs. 2 GebrMG von der - sei es auch noch so kurzen - Existenz des zeitlich und inhaltlich völlig anders gearteten Ausschließungsrechts nach § 5 Abs. 1 GebrMG abhängig sein soll. Ein innerer Zusammenhang zwischen beiden Wirkungen des Gebrauchsmusterschutzes ist nicht gegeben. Wie dargelegt, sind beide Schutzwirkungen nicht nur in zeitlicher Hinsicht, sondern auch hinsichtlich des betroffenen Personenkreises verschieden und voneinander unabhängig. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb das gegen dritte Benutzer gerichtete Verbietungsrecht aus § 5 Abs. 1 GebrMG - mindestens noch einen Tag - existent gewesen sein muß, damit der gegen jüngere Gebrauchsmusteranmelder gerichtete Prioritätsschutz entstehen kann. Für den Anmelder eines Gebrauchsmusters, der daran interessiert ist, nach Ablauf der Schutzdauer sein eigenes Benutzungsrecht gegenüber späteren Anmeldern eines wesensgleichen Gebrauchsmusters zu sichern, ist es gleichgültig, ob er rechtlich in der Lage war, noch für einen Tag das

"Verbotungsrecht" aus § 5 Abs. 1 GebrMG auszuüben. Abgesehen davon, daß eine nur ganz kurzfristige rechtliche Möglichkeit der Ausübung eines Verbotungsrechts für den Inhaber des Gebrauchsmusters nur noch theoretischen Wert, aber keine praktisch ins Gewicht fallende Bedeutung haben kann, ist kein zwingender Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, dem Gebrauchsmusteranmelder mit dem Ablauf der Schutzdauer des § 14 GebrMG auch den Prioritätsschutz zu nehmen, auf den er mit der Anmeldung einen Anspruch erworben hat und den er auch nach Ablauf der Schutzdauer noch gegen die während der Laufzeit seines eigenen Gebrauchsmusters angemeldeten Gebrauchsmuster geltend machen darf. Insoweit hat auch die Öffentlichkeit ein Interesse an der Eintragung des älteren Gebrauchsmusters; durch einen von jedermann zu stellenden Löschungsantrag kann verhindert werden, daß für eine wesensgleiche Erfindung ein Gebrauchsmusterschutz über die Schutzdauer des älteren Gebrauchsmusters hinaus geltend gemacht werden kann.

Der 1. Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts hat hierzu an sich nicht verkannt, daß seine Auffassung insoweit Nachteile mit sich bringen könne, als infolge Zeitablaufs einer älteren Anmeldung eine identische jüngere Anmeldung zu einem wirksamen Schutzrecht "aufrücken" könne. Trotzdem hat sich das Deutsche Patentamt über dieses Bedenken hinweggesetzt mit dem Bemerken, es handle sich um Ausnahmefälle; die zuweilen langen Anmeldeverfahren seien nur zeitbedingt und widersprächen ohnehin dem eigentlichen Sinn der Schutzrechtserteilung. Im übrigen habe es der Anmelder auch durchaus selbst in der Hand, rechtzeitig vor Ablauf der Schutzdauer die Eintragung des Gebrauchsmusters zu beantragen und im Einzelfalle auch auf eine beschleunigte Erledigung zu dringen. Auf sein formelles

Recht, nach § 2 Abs. 6 GebrMG die Gebrauchsmusterhilfsanmeldung bis zur Erledigung der entsprechenden Patentanmeldung in der Schwebe lassen zu können, könne er sich nicht berufen, weil diese rechtliche Möglichkeit an dem Zeitablauf des Gebrauchsmusters ihre "natürliche Grenze" finde.

Diese Erwägungen können aus den bereits dargelegten Gründen nicht als stichhaltige Rechtfertigung dafür anerkannt werden, daß entgegen dem Sinn und Zweck des Gebrauchsmustergesetzes bei dieser Handhabung ein späterer (jüngerer) Gebrauchsmusteranmelder, der nach § 5 Abs. 2 GebrMG nicht mit dem Erwerb eines wirksamen Schutzrechts rechnen kann, lediglich wegen der für die ältere Gebrauchsmusteranmeldung in Betracht kommenden Schutzdauer statt seines eingetragenen "Scheinrechts" auf Kosten der begründeten Anwartschaft des älteren Anmelders ein voll wirksames Schutzrecht erlangt. Damit wird der in § 5 Abs. 2 GebrMG niedergelegte gesetzgeberische Gedanke in sein Gegenteil verkehrt. Es wird zwar eine "Doppelseintragung" vermieden, aber in völlig unzulässiger Weise dadurch, daß dem auf Grund seiner früheren Anmeldung besser Berechtigten seine schutzwürdige Rechtsposition genommen wird und daß statt dessen ein jüngerer Anmelder zum Nachteil des Erstanmelders und auch zum Nachteil der Allgemeinheit ein wirksames zeitlich über das zuerst angemeldete Gebrauchsmuster hinausgehendes Schutzrecht erlangt. Die bisherige Praxis verhindert danach zu Unrecht die Entstehung eines "älteren Rechts", auf das der Erstanmelder einen begründeten Anspruch erlangt hatte.

Es ist nach allem nicht richtig, wenn die bisherige Praxis annimmt, die Eintragung des früher angemeldeten Gebrauchsmusters sei nach Ablauf der Schutzdauer "ohne rechtliche Bedeutung" und schaffe nur den "Schein eines Rechts".

Es kann in der Öffentlichkeit auch kein "Irrtum über ein angeblich entstandenes Schutzrecht" herbeigeführt werden. Aus der Angabe des Anmeldezeitpunkts bei der Bekanntmachung der Eintragung ergibt sich ohne weiteres, welche Schutzwirkung das Gebrauchsmuster überhaupt noch auszuüben vermag. Es entsteht zwar kein Verbotungsrecht nach § 5 Abs. 1 GebrMG, wohl aber wird der Prioritätsschutz nach § 5 Abs. 2 GebrMG begründet.

Die Rechtsbeschwerde hat daher mit Recht geltend gemacht, daß sich die Gebrauchsmusteranmeldung keineswegs bereits mit dem Ablauf der Schutzdauer "erledigt" habe, daß sich vielmehr aus § 5 Abs. 2 GebrMG mit der Eintragung und Bekanntmachung nicht nur zugunsten des Anmelders, sondern auch zugunsten der Öffentlichkeit rechtlich beachtliche Wirkungen ergeben, die der Erfüllung von Sinn und Zweck des Gebrauchsmusterschutzes gerade auch dann dienen, wenn ein Ausschließungsrecht nach § 5 Abs. 1 GebrMG nicht mehr besteht oder - wie hier - gar nicht entstanden ist. Hieraus folgt, daß die Eintragung eines Gebrauchsmusters auch nach Ablauf der längstmöglichen Schutzdauer von 6 Jahren zulässig bleibt. Dabei kann es selbstverständlich nicht auf eine Prüfung ankommen, ob im einzelnen Fall tatsächlich ein jüngeres Gebrauchsmuster angemeldet worden ist. In einem reinen Registrierverfahren ist kein Raum für die Darlegung eines besonderen Rechtsschutzinteresses. Es genügt, daß der Anmelder generell auf den Prioritätsschutz aus § 5 Abs. 2 GebrMG einen Anspruch hat, ohne daß er hierfür konkrete Nachweisungen zu erbringen braucht.

Auf das Verhältnis des älteren Gebrauchsmusters zu einem jüngeren Patent (§ 6 GebrMG) braucht nicht näher eingegangen zu werden. Wird das früher angemeldete Gebrauchsmuster erst nach Ablauf der längstmöglichen Schutzfrist von

sechs Jahren eingetragen, so kann zwar das jüngere Patent nicht mehr durch einen Erlaubnisvorbehalt nach § 6 GebrMG beschränkt werden. Die nachträgliche Eintragung kann aber nach der Entscheidung RGZ 169, 289, 292 f zumindest inso- weit Bedeutung gewinnen, als der ältere Gebrauchsmusteran- melder ein Vorbenutzungsrecht auch dann geltend machen kann, wenn er mit der Benutzung (oder mit Veranstaltungen zur Benutzung) erst nach der Anmeldung des jüngeren Patents (noch innerhalb der seit seiner eigenen Anmeldung laufenden Sechsjahresfrist) begonnen hat.

Da hiernach die Eintragung eines Gebrauchsmusters in vorliegenden Fall grundsätzlich zulässig bleibt, muß dem Rechtsbeschwerdeverfahren Fortgang gegeben und erneut ge- prüft werden, ob die für die Eintragung erforderliche absolute Schutzvoraussetzung der "bestimmten Raumform" gegeben ist.

Nastelski Bock Spreng Löscher Claßen