

BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 235/00

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 398 02 983

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 9. April 2001 unter Mitwirkung der Richterin Winter als Vorsitzender sowie der Richter Schramm und Voit

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die Bezeichnung

RubieTec

ist am 26. März 1998 unter der Rollenummer 398 02 983 für

"Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse/Lebensmittel für medizinische Zwecke; diätetische Lebensmittel/Nahrungsergänzungsmittel zur Gesundheitspflege auf der Basis von oder bestehend aus Vitaminen, Enzymen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, gegebenenfalls unter Beigabe von Aroma- und/oder Geschmacksstoffen und/oder Süßstoff; diätetische Lebensmittel/Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von oder bestehend aus Eiweißen, Fetten, Fettsäuren, entweder einzeln oder in

Kombination, gegebenenfalls unter Beigabe von Vitaminen, Enzymen, Mineralstoffen, Spurenelementen, Aroma- und/oder Geschmacksstoffen, Süßstoffen, Süßstoff, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 29 enthalten;

diätetische Lebensmittel/Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke, auf der Basis von oder bestehend aus Kohlenhydraten, Ballaststoffen, entweder einzeln oder in Kombination, gegebenenfalls unter Beigabe von Vitaminen, Enzymen, Mineralstoffen, Spurenelementen, Aroma- und/oder Geschmacksstoffen, Süßstoff, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten"

in das Markenregister eingetragen worden. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 30. April 1998.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der rangälteren, seit 1953 für

"Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, pharmazeutische Drogen, Pflaster, Verbandstoffe, Tier- und Pflanzenvertilgungsmittel, Entkeimungs- und Entwesungsmittel (Desinfektionsmittel)"

eingetragenen Marke 643 189

Rutisept,

deren Schutzdauer zuletzt 1992 verlängert wurde.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat in einem Beschluss vom 10. Februar 1999 durch einen Angestellten im gehobenen Dienst den Widerspruch unter Zugrundelegung von Waren der Klasse 16 auf Sei-

ten der Widerspruchsmarke wegen fehlender Ähnlichkeit der Waren zurückgewiesen. Dieser Beschluss ist an die Widersprechende ausweislich der Bestätigung der Postabfertigungsstelle des Deutschen Patent- und Markenamtes am 19. Februar 1999 per Einschreiben zur Post gegeben worden. Mit Telefax vom 23. März 1999, am selben Tag beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangen, legte die Widersprechende Erinnerung gegen diesen Beschluss ein und wies darauf hin, dass bei der angegriffenen Entscheidung von einer falschen Warenlage ausgegangen worden sei.

Mit Beschluss der Markenstelle für Klasse 5, besetzt mit einem Beamten des höheren Dienstes, wurde die Erinnerung, da verspätet eingelegt, als unzulässig verworfen.

Die Widersprechende hat Beschwerde eingelegt. Zur Begründung führt sie an, der Erstbeschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes sei gemäß den Vorschriften über die Nichtigkeit von Verwaltungsakten nichtig, da die Markenstelle den Amtsermittlungsgrundsatz des § 59 Abs 1 MarkenG nicht beachtet und bei ihrer Entscheidung nicht das aufgrund der beizuziehenden Akten zu ermittelnde Warenverzeichnis zugrunde gelegt habe, sondern die Demas CD-ROM des Vila-Verlages mit einem falschen Inhalt zu den Waren der Widerspruchsmarke. Die Markenstelle hätte die Unrichtigkeit des Warenverzeichnisses, auf dem die Entscheidung basiere, auch bereits durch die Einlegung des Widerspruchs bemerken müssen, da der Widerspruch bei Einlegung auf Waren der Klasse 5 gestützt und ausdrücklich gegen alle „gleichen und ähnlichen Waren“ gerichtet worden sei. Diesen Fehler habe die Markenstelle zu berichtigen.

Die Widersprechende beantragt,

die Zurückverweisung an die Markenstelle,
hilfsweise,
die Zulassung der Rechtsbeschwerde.

Die Markeninhaberin hält den Beschluss der Markenstelle vom 12. Oktober 2000 für zutreffend.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten, die patentamtlichen Beschlüsse und die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Die mit dem Hauptantrag begehrte Zurückverweisung an die Markenstelle kommt nicht in Betracht.

Nach § 70 Abs 3 Nr 2 MarkenG kann das Gericht die angefochtene Entscheidung aufheben, ohne in der Sache selbst zu entscheiden, wenn das Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt an einem wesentlichen Mangel leidet. Zwar ist dies hier der Fall, da sich aus den Gründen des Erstbeschlusses eindeutig ergibt, dass die Markenstelle bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr auf der Seite der Widerspruchsmarke ein falsches Warenverzeichnis zugrunde gelegt und damit möglicherweise gegen § 59 MarkenG verstoßen hat.

Aber auch ein derartiger Verfahrensfehler kann nur im Rahmen eines zulässigen, insbesondere fristgerecht eingelegten Rechtsbehelfs angegriffen werden. Denn auch fehlerhafte Entscheidungen sind regelmäßig zwar angreifbar, gleichwohl aber als staatliche Hoheitsakte wirksam (vgl Thomas/Putzo, ZPO, 22. Aufl., § 300 Rdnr 10 mwN.; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., vor § 300, Rdnr 28). Ein zu-

lässiger Rechtsbehelf gegen den Beschluss der Markenstelle vom 10. Februar 1999 liegt indessen nicht vor.

Gegen Beschlüsse der Markenstellen, die von einem Beamten des gehobenen Dienstes oder einem vergleichbaren Angestellten erlassen worden sind, findet die Erinnerung statt (§ 64 Abs 1 MarkenG), die innerhalb eines Monats nach Zustellung der anzugreifenden Entscheidung einzulegen ist (§ 64 Abs 2 MarkenG). Der mit ordnungsgemäßer Rechtsmittelbelehrung versehene Erstbeschluss ist hier am 22. Februar 1999 zugestellt worden (§ 94 Abs 1 MarkenG in Verbindung mit § 4 Abs 1 VwZG). Damit lief die Frist zur Einlegung der Erinnerung gemäß § 82 Abs 1 MarkenG in Verbindung mit § 222 Abs 1 ZPO, §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB am 22. März 1999 ab. Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist die Erinnerung am 23. März 1999, damit verspätet, eingegangen.

Zwar können in Ausnahmefällen - im einzelnen sehr streitig - schwerwiegende Verfahrensverstöße die Nichtigkeit einer Entscheidung zur Folge haben; ein derart schwerwiegender Verfahrensverstoß mit der Folge der Nichtigkeit des Beschlusses vom 10. Februar 1999 liegt hier aber nicht vor.

Ein – von der Widersprechenden geltend gemachter Rückgriff auf die Grundsätze der Nichtigkeit von Verwaltungsakten (vgl § 44 VwVfG) ist nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut (§ 2 Abs 2 Nr 3 VwVfG) nicht möglich (vgl BPatG, 29 W (pat) 38/99 – DIE AUTO-DUSCHE, PAVIS PROMA, Kliems CD-ROM). Ob sich aus der von der Widersprechenden benannten Entscheidung des BPatG vom 14. Februar 1979 (GRUR 1979, 402) Anderes ergibt, kann dahingestellt bleiben weil der dort zugrundeliegende Sachverhalt einer unvorschriftsmäßigen Besetzung hier jedenfalls nicht vorliegt.

Auch wenn die Grundsätze der Wirkungslosigkeit von (Zivil-) Urteilen angewendet werden, was wegen der Justizförmigkeit des Verfahrens vor dem Deutschen Patent- und Markenamt (vgl Knack/Meyer, VwVfG, 6. Aufl., § 2 Rdnr 34) und unter

Berücksichtigung der Vorschrift des § 82 MarkenG in Betracht zu ziehen sein könnte, folgt daraus nichts anderes. Eine in diesem Sinne wirkungslose Entscheidung kann wird zum Beispiel dann anzunehmen sein, wenn die deutsche Gerichtsbarkeit nicht gegeben ist, wenn eine Partei nicht existiert, wenn die Entscheidung so unbestimmt ist, dass eine Rechtsfolge daraus nicht abgeleitet werden kann, wenn sie ein nicht bestehendes Rechtsverhältnis gestaltet, wenn die Rechtshängigkeit nicht gegeben war oder wenn sie eine dem geltenden Recht unbekannte Rechtsfolge ausspricht (vgl. Stein/Jonas/Grunsky, aaO, vor § 578, Rdnr 9 ff). Bisherige Entscheidungen, die zur Annahme der Nichtigkeit einer Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamtes führten, beruhten darauf, dass entweder eine unzuständige Person, die einer unzuständigen Stelle angehörte, eine Entscheidung unter Verletzung des rechtlichen Gehörs getroffen hat (vgl. BPatGE 31, 212) oder die Beschlussunfähigkeit der unvorschriftsmäßig besetzten entscheidenden Stelle gegeben war (BPatG GRUR 1979, 402).

Keiner dieser Fehler liegt hier vor, so dass von einer zwar fehlerhaften, gleichwohl aber wirksamen Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamtes auszugehen ist, die ausschließlich mit dem gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelf der Erinnerung (§ 64 MarkenG) unter den dazu geregelten Voraussetzungen angegriffen werden kann.

Die verspätet eingelegte Erinnerung hindert im übrigen auch eine Entscheidung des Gerichts in der Sache selbst.

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, da weder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des § 83 Abs 2 Nr 1 MarkenG vorliegt, noch die Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Frage steht (vgl. Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl., § 83 Rdnr 23).

Zu einer Auferlegung von Kosten gemäß § 71 Abs 1 Satz 1 MarkenG besteht keine Veranlassung.

Winter

Schramm

Voit

Ja