

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 302/02

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 300 81 830.0

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 3. Februar 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Sredl und des Richters Engels

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Anmelderin wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 9. Oktober 2002 aufgehoben.
2. Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr wird angeordnet.

Gründe:

I.

Am 7. November 2000 ist die Bezeichnung

Test Factory

zur Eintragung als Marke angemeldet worden.

Mit Schriftsatz vom 4. Oktober 2002 ist Anmeldung zurückgenommen worden.

Gleichwohl ist durch Beschluß eines Beamten des höheren Dienstes die Marken-anmeldung am 9. Oktober 2002 zurückgewiesen worden.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie sinngemäß be-antragt,

den angefochtenen Beschluß der Markenstelle für Klasse 42 vom 9. Oktober 2002 aufzuheben.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Anmelderin ist zulässig, da sie durch den Beschluß der Markenstelle für Klasse 42, mit dem der angemeldeten Marke die Eintragung in das Markenregister versagt wird, zumindest formal beschwert ist. Die Anmelderin ist schon dadurch in ihren Rechten verletzt, als die Markenstelle die Rücknahmeerklärung der Anmeldung nicht berücksichtigt und den Beschluß vom 9. Oktober 2002 erlassen hat, obwohl zu diesem Zeitpunkt eine Markenanmeldung nicht mehr anhängig war.

Die Beschwerde ist begründet, weil der angefochtene Beschluß nicht mehr hätte ergehen dürfen, da ihm durch die Zurücknahme der Anmeldung die rechtliche Grundlage entzogen war. In diesem Fall ist in entsprechender Anwendung der zivilprozeßrechtlichen Grundsätze zur Rücknahme der Klage vor Erlaß des Urteils von der Nichtigkeit der Entscheidung auszugehen (vgl. Thomas-Putzo, ZPO, 24. Aufl, Rdn 19 vor § 300, § 269, Rdn 14; BPatGE 10, 140; Althammer/Ströbele/Klaka, Markengesetz, 6. Aufl., § 42, Rdnr. 40 mwN). Das Fehlen der materiellrechtlichen Wirkung einer nichtigen Entscheidung bedeutet jedoch nicht, daß sie keinerlei Rechtswirkungen erzeugt, wie etwa ein Nicht- oder Scheinurteil. Sie erwächst vielmehr in formelle Rechtskraft und ist bei Einlegung eines Rechtsmittels durch die nächste Instanz aufzuheben.

Darüber hinaus erscheint es im vorliegenden Fall billig, die Rückzahlung der Beschwerdegebühr gemäß § 71 Abs 3 MarkenG anzuordnen. Zwar hat die Rücknahmeerklärung, die am 4. Oktober 2002 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangen ist, dem Prüfer bei Erlaß des Beschlusses nicht vorgelegen, was an Hand der Paginierung der Verfahrensakte zu erkennen ist. Für die Frage der Anhängigkeit der Markenanmeldung ist aber maßgeblich, wann die Erklärung der An-

melderin über die Zurücknahme der Markenmeldung das Deutsche Patent- und Markenamt erreicht hat (s BGH GRUR 1974, 210). Es ist davon auszugehen, daß der angefochtene Beschluß in Kenntnis dieser Erklärung nicht ergangen wäre, so daß billigerweise die Rückzahlung der Beschwerdegebühr anzuordnen war.

Kliems

Engels

Sredl

Ko