



# BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 234/02

---

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

**betreffend die Marke 398 47 957.7**

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 13. Februar 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Sredl und der Richterin kA Bayer

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der aus der Marke 2 102 050 Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 15. Mai 2002 aufgehoben, soweit der Widerspruch aus dieser Marke zurückgewiesen wurde.
2. Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr der aus der Marke 2 102 050 Widersprechenden wird angeordnet.
3. Soweit in dem Beschluss der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 15. Mai 2002 der Widerspruch aus der Marke 554 355 zurückgewiesen wurde, ist der Beschluss wirkungslos.

**Gründe:**

**I.**

Am 22. August 1998 ist die Bezeichnung

**OMNILAT**

zur Eintragung als Marke angemeldet und am 15. September 1998 unter der Nummer 398 47 957 eingetragen worden.

Dagegen haben die Inhaber der Marken Nr 554 355 (Widersprechende I) und Nr 2 102 050 (Widersprechende II) Widerspruch eingelegt.

Mit Schriftsatz vom 29. April 2002, eingegangen am 2. Mai 2002, hat die aus der Marke 2 102 050 Widersprechenden ihren Widerspruch zurückgenommen.

Mit Beschluss der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 15. Mai 2002 sind die Widersprüche aus den Marken Nr 554 355 und Nr 2 102 050 zurückgewiesen worden.

Hiergegen haben die Widersprechenden Beschwerden eingelegt. Die aus der Marke 554 355 Widersprechenden hat ihren Widerspruch mit Schriftsatz vom 7. Januar 2003 zurückgenommen.

Die aus der Marke 2 102 050 Widersprechende beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 15. Mai 2002 aufzuheben, soweit der Widerspruch aus dieser Marke zurückgewiesen wurde, und die Beschwerdegebühr zurückzuerstatten.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

1. Die Beschwerde der aus der Marke 2 102 050 Widersprechenden ist zulässig, da die Widersprechende durch den Beschluss der Markenstelle zumindest formal beschwert ist. Sie ist schon dadurch in ihren Rechten verletzt, dass die Markenstelle die Rücknahmeerklärung des Widerspruchs nicht berücksichtigt und den Widerspruch zurückgewiesen hat, obwohl zu diesem Zeitpunkt dieser Widerspruch nicht mehr anhängig war.

Die Beschwerde ist begründet, weil der angefochtene Beschluss insoweit nicht mehr hätte ergehen dürfen, da ihm durch die Zurücknahme des Widerspruchs 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. Die Rücknahmeerklärung ist am 2. Mai 2002 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangen. Ob sie bei Erlass des Beschlusses bereits zur Akte gelangt war und dem Prüfer vorgelegen hat, ist unerheblich, da es auf die Feststellung eines vorwerfbaren Fehlers der Vorinstanz nicht ankommt (Althammer/Ströbele/Klaka, Markengesetz, 6. Aufl., § 71, Rdnr. 37). Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr ist aus Billig-

keitsgründen anzuordnen, da die Widersprechende es nicht zu vertreten hat, dass trotz der Widerspruchsrücknahme eine Sachentscheidung bezüglich dieses Widerspruchs erging.

2. Hinsichtlich des Widerspruchs aus der Marke 554 355 ist der Beschluss der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 15. Mai 2002 in entsprechender Anwendung des § 269 Abs 3 Satz 1 ZPO wirkungslos (BGH GRUR 1998, 818 – Puma), da der Widerspruch im Beschwerdeverfahren zurückgenommen wurde.

Kliems

Sredl

Bayer

Ko