

# BUNDESPATENTGERICHT

## Leitsatz

---

**Aktenzeichen:** 35 W (pat) 455/08

**Entscheidungsdatum:** 2. Juni 2010

**Rechtsbeschwerde zugelassen:** ja

**Normen:** § 18 GebrMG  
§ 73 PatG  
§ 269 ZPO

---

### Beschwerderücknahme nach Verkündung

Die Rücknahme der Beschwerde ist im Gebrauchsmusterlöschungs-Beschwerdeverfahren nach Verkündung der Beschwerdeentscheidung bis zum Eintritt der formellen Rechtskraft möglich. (im Anschluss an Busse, PatG 6. Aufl. § 79 Rdn. 58; Bühring, GebrMG, 7. Aufl., § 18 Rdn. 67; Benkard GebrMG 10. Aufl. § 18 Rdn. 4c; entgegen Benkard, a. a. O., § 73 Rdn. 58, Ströbele/Hacker, MarkenG, § 66 Rdn. 11).



# BUNDESPATENTGERICHT

35 W (pat) 455/08

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend das Gebrauchsmuster 20 2004 020 573**

hier: Entscheidung über Wirksamkeit der Beschwerderücknahme

hat der 35. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 2. Juni 2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Müllner sowie der Richter Dipl.-Ing. Sandkämper und Dr.-Ing. Baumgart

beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der in der mündlichen Verhandlung vom 5. Mai 2010 verkündete Beschluss durch die Rücknahme der Beschwerde der Antragsgegnerin gegenstandslos geworden ist.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
3. Die Rechtsbeschwerde wird zur Frage der Wirksamkeit der Beschwerderücknahme nach Entscheidungsverkündung zugelassen.

**Gründe**

I.

Die Antragsgegnerin war Inhaberin des deutschen Gebrauchsmusters 20 2004 020 573 mit der Bezeichnung „Anordnung bestehend aus einem Brennofen und einer diesem nachgeschalteten Vorrichtung zum Kühlen des Schüttguts mit einem Gas“ mit dem Anmeldetag 5. April 2004.

Auf den Löschungsantrag vom 17. November 2005 der Antragstellerin hat die Gebrauchsmusterabteilung I das Gebrauchsmuster durch Beschluss vom 3. Juni 2008 gelöscht und die Kosten der Antragsgegnerin auferlegt.

Hiergegen hat die Antragsgegnerin Beschwerde erhoben.

Anschließend an die mündliche Verhandlung vor dem Bundespatentgericht am 5. Mai 2010 hat der Senat den Beschluss verkündet, dass die Beschwerde der Antragsgegnerin kostenpflichtig zurückgewiesen wird.

Mit Schriftsatz vom 25. Mai 2010 hat die Antragsgegnerin ihre Beschwerde zurückgenommen.

## II.

Die Rücknahme der Beschwerde durch die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 25. Mai 2010 ist wirksam.

Nach bisher wohl herrschender Meinung ist die Rücknahme der Beschwerde nur möglich solange die Beschwerdeentscheidung noch nicht ergangen ist (BGH GRUR 1969, 562 Appreturmittel; BGH GRUR 1988, 364 Epoxidation, Benkard, PatG, 10. Aufl. § 73 Rn. 58; Ströbele/Hacker, § 66 MarkenG Rn. 114).

Der Senat kommt aber auf Grund der in der Argumentation überzeugenden Darlegung bei Busse, PatG 6. Aufl. § 79, Rn. 8 zu der Auffassung, dass eine Rücknahme der Beschwerde bis zum Eintritt der Rechtskraft der Beschwerdeentscheidung im Gebrauchsmuster-Löschungsverfahren möglich ist (vgl. auch Bühring, GebrMG, 7. Aufl. § 18 Rn. 67 mit ausdrücklichem Hinweis auf Busse a. a. O sowie auf BGH GRUR 2000, 688 - Graustufenbild, Benkard, GebrMG, § 18 Rdn. 4c).

Wie Busse (a. a. O) ausführt, wäre die Antragsgegnerin anderenfalls auch im vorliegenden Fall gezwungen ein unzulässiges oder zumindest wenig aussichtsreiches Rechtsbeschwerdeverfahren einzuleiten, nur um sich die Möglichkeit einer Beschwerderücknahme zu eröffnen.

Die herrschende Meinung berücksichtigt nach der Rechtsauffassung des Senats auch nicht die Tatsache, dass Entscheidungen des Deutschen Patent- und Markenamtes ungeachtet ihrer formalen Ausgestaltung als „Beschluss“ als rechtsgestaltende Verwaltungsakte einzustufen sind (vgl. BVerwGE 8,350 = GRUR 1959, 435). Ungeachtet gewisser, im Wesentlichen historisch zu erklärender und gelegentlich überbewerteter justizförmiger Besonderheiten des Verfahrens, ist die Tätigkeit der Mitglieder des DPMA keine richterliche Tätigkeit (vgl. Busse, a. a. O. vor § 34 Rn. 84, 85). Damit entspricht aber auch die Beschwerde als Rechtsbehelf gegen die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ihrem Wesen nach einer anfechtenden Klage vor einem für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zuständigen Gericht. Diese Klagen können in allen Fällen bis zur Rechtskraft des Urteils zurückgenommen werden ( vgl. § 92 VwGO; § 102 SGG; § 72 FGO).

Die Zurücknahme der Beschwerde hat die Verpflichtung zur Folge, die durch die Beschwerde entstandenen Kosten zu tragen (entspr. ZPO § 269 Abs. 3). Diese Wirkung waren gemäß ZPO § 269 Abs. 2 durch Beschluss auszusprechen.

Die Rechtsbeschwerde war zuzulassen, da es sich bei der Frage der Wirksamkeit einer Beschwerderücknahme nach Entscheidungsverkündung im Gebrauchsmuster-Löschungsverfahren um eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung handelt.

Müllner

Sandkämper

Dr. Baumgart

Pr