



# BUNDESPATENTGERICHT

10 W (pat) 21/03 (führ.)  
verb. mit 10 W (pat) 22/03  
und 10 W (pat) 25/03

Verkündet am  
2. Juni 2003

...

---

(AktENZEICHEN)

## ENDURTEIL

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

...

...

**betreffend** die Anträge des Nebenintervenienten auf Eintragung einer geographischen Angabe nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 (DPMA-Aktenzeichen 397 99 006, 398 99 005 und 398 99 006)

hat der 10. Senat (Juristischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juni 2003 unter Mitwirkung der Richterin Schuster als Vorsitzende sowie der Richterin Püschel und des Richters Knoll

für Recht erkannt:

1. Die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung werden zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerinnen tragen die Kosten des Rechtsstreits, einschließlich der vor dem Verwaltungsgericht Berlin angefallenen Kosten und einschließlich der Kosten des Nebenintervenienten bzw Beigeladenen.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

### **Tatbestand**

Die Antragsstellerinnen bzw Verfügungsklägerinnen begehren übereinstimmend einstweiligen Rechtsschutz dahingehend, die Antragsgegnerin bzw Verfügungsbeklagte zu verpflichten, die von dem Nebenintervenienten ausgehenden Anträge bei der Europäischen Kommission auf Eintragung der Bezeichnungen "Thüringer Rostbratwurst", "Thüringer Leberwurst" und "Thüringer Rotwurst" als geographische Angabe zurückzunehmen.

Mit seinen beim Deutschen Patent- und Markenamt eingereichten Anträgen vom 10. November 1997 (Aktenzeichen 397 99 006) und 28. April 1998 (Aktenzeichen 398 99 005 und 398 99 006) beehrte der Nebenintervenient Schutz für die Bezeichnungen "Thüringer Rostbratwurst" (Aktenzeichen 397 99 006), "Thüringer

Leberwurst" (Aktenzeichen 398 99 005) und "Thüringer Rotwurst" (Aktenzeichen 398 99 006) als geographische Angaben nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92. Die genannten Bezeichnungen genossen in der ehemaligen DDR seit 1989 Schutz als geographische Herkunftsangaben und wurden in der Zeit nach der Wiedervereinigung auf entsprechenden Antrag hin am 8. August 1995 gemäß §§ 33 ff Erstreckungsgesetz (ErstrG) in Verbandszeichen umgewandelt.

Nach den Zwischenbescheiden des Deutschen Patent- und Markenamts vom 4. Februar 1998 und 10. Juli 1998 und ergänzenden Ausführungen des Nebenintervenienten als dem antragstellenden Verband wurden die Anträge im Rahmen des Prüfungsverfahrens vor dem Deutschen Patent- und Markenamt zunächst gemäß § 55 Abs 1 MarkenV verschiedenen interessierten öffentlichen Körperschaften und Verbänden zur Stellungnahme zugeleitet. Zahlreiche Beteiligte, zum Teil auch Mitgliedsunternehmen der beteiligten Verbände, reichten entsprechende Stellungnahmen ein, wobei sich die Mehrzahl der Beteiligten gegen den Schutz der beanspruchten Bezeichnungen als geographische Angabe mit dem Argument wandte, dass diese zu Gattungsbezeichnungen geworden seien.

Nach Erwiderungen des Nebenintervenienten stellte das Patentamt diesem mit den Bescheiden vom 26. April 2000 (AZ 397 99 006) und 3. Mai 2000 (AZ 398 99 005 und AZ 398 99 006) den Schutz für alle drei Bezeichnungen in Aussicht. Die gemäß § 55 Abs 1 MarkenV beteiligten Körperschaften bzw Verbände erhielten mit Bescheid vom 21. November 2000 (AZ 397 99 006) bzw mit den Bescheiden vom 16. November 2000 (AZ 398 99 005 und AZ 398 99 006) eine Mitteilung dahingehend, dass die zur Eintragung angemeldeten geographischen Angaben nach Auffassung der Markenabteilung den Voraussetzungen der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 entsprächen.

Am 28. Dezember 2000 wurden die drei Schutzanträge im Markenblatt veröffentlicht, mit dem Hinweis, dass innerhalb von drei Monaten von jeder Person beim Patent- und Markenamt eine Stellungnahme zur Schutzfähigkeit eingereicht wer-

den könne. Daraufhin wurden gegen alle drei Schutzanträge Einwendungen erhoben von der "G... GmbH" und der "B...-

...GmbH". Der Deutsche

Fleischer-Verband wandte sich nur gegen den Schutz der beiden Bezeichnungen "Thüringer Rostbratwurst" und "Thüringer Rotwurst". Die Verfügungsklägerinnen reichten keine Stellungnahme ein.

Nach erneuter Prüfung stellte das Deutsche Patent- und Markenamt in den Beschlüssen vom 26. September 2001 (AZ 397 99 006) und vom 8. Oktober 2001 (AZ 398 99 005 und AZ 398 99 006) fest, dass die zur Eintragung angemeldeten geographischen Angaben den Voraussetzungen der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 entsprächen. Diese Beschlüsse wurden den drei bzw zwei im Verfahren nach der Veröffentlichung im Markenblatt Beteiligten formlos und ohne Rechtsmittelbelehrung zur Kenntnisnahme übersandt mit der Mitteilung, dass der Antrag auf Schutz als geographische Angabe nunmehr über das Bundesministerium der Justiz an die Europäische Kommission weitergeleitet werde.

Nach der Weiterleitung der Anträge auf Schutz als geographische Angabe an das Bundesministerium der Justiz und von dort an die Europäische Kommission wurden diese Anträge am 15. Mai 2002 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Daraufhin legten die Verfügungsklägerinnen beim Deutschen Patent- und Markenamt gegen die drei Bezeichnungen Einspruch ein nach Art 7 Abs 3 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 bzw § 132 MarkenG iVm § 60 MarkenV. Die Einsprüche wurden über das Patentamt an das Bundesministerium der Justiz und von dort aus an die Europäische Kommission weitergeleitet. Die Kommission teilte dann mit dem am 15. Januar 2003 beim Bundesministerium der Justiz eingegangenen Schreiben mit, dass Einsprüche gegen Eintragungen nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 nicht von dem Mitgliedstaat ausgehen könnten, der den Eintragungsantrag gestellt habe. Dieses Schreiben der Kommission wurde dem Prozessbevollmächtigten der Verfügungsklägerinnen mit dem Schreiben des Bundesministeriums der Justiz vom 21. Januar 2003 zur Kenntnis gebracht.

Die Verfügungsklägerinnen beantragten daraufhin jeweils mit Schriftsatz vom 10. Februar 2003 bzw 18. März 2003 beim Verwaltungsgericht Berlin, die Verfügungsbeklagte im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu verpflichten, die von ihr bei der Kommission gestellten Anträge auf Eintragung der Bezeichnungen "Thüringer Rostbratwurst", "Thüringer Leberwurst" und "Thüringer Rotwurst" in das von der Kommission geführte Register nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 zurückzunehmen. Die Verfügungsklägerin zu 2 erhob darüber hinaus beim Verwaltungsgericht entsprechende Hauptsacheklage.

Das Verwaltungsgericht hat in der mündlichen Verhandlung vom 10. April 2003 in allen Verfahren einschließlich der Hauptsacheklage durch Beschluss die Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs festgestellt und die Verfahren zuständigkeitshalber an das Bundespatentgericht verwiesen. Es handele sich zwar um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, da die maßgeblichen Normen (MarkenG, MarkenV und Verordnung (EWG) Nr 2081/92) Rechtssätze des öffentlichen Rechts seien, durch die im Rahmen des durchzuführenden Verwaltungsverfahrens ausschließlich Träger hoheitlicher Gewalt - insbesondere Deutsches Patent- und Markenamt und Bundesministerium der Justiz - berechtigt und verpflichtet würden. Jedoch sei der Rechtsstreit nicht den Verwaltungsgerichten, sondern dem Bundespatentgericht zugewiesen. Gemäß § 133 Abs 2 Satz 1 MarkenG sei nämlich bei Entscheidungen, die das Patentamt nach den Vorschriften §§ 130 ff MarkenG treffe, die Beschwerde zum Bundespatentgericht gegeben. Der vorliegende Streitgegenstand sei aufgrund des Zusammenhanges im Grundsatz von dieser Rechtswegzuweisung erfasst. Denn die Übermittlung des Eintragungsantrages durch das Bundesministerium der Justiz an die Kommission setze eine vorherige Entscheidung des Patentamts voraus, gegen die nach § 133 Abs 2 MarkenG Beschwerde zum Bundespatentgericht gegeben und damit der entsprechende Rechtsweg eröffnet sei.

Die Verfügungsklägerinnen verfolgen vor dem Bundespatentgericht ihre Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz weiter. Sie führen aus, dass sich die Zulässigkeit

und Begründetheit ihrer Anträge unmittelbar aus der Rechtsprechung des EuGH (GRUR Int 2002, 523 "Spreewälder Gurken") ergäbe. Die nationale Verfahrensordnung hielte im Fall der Verfügungsklägerinnen kein effektives Rechtsmittel bereit. Einsprüche nach Art 7 Abs 3 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 bzw § 132 MarkenG könnten zwar eingelegt werden, würden jedoch in dem Fall, dass die Bundesrepublik selbst den anzugreifenden Antrag gestellt habe, nach der Rechtsprechung des EuGH inhaltlich nicht mehr geprüft. Da den Verfügungsklägerinnen rechtliches Gehör zu gewährleisten bzw nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 und der Rechtsprechung des EuGH ein Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen sei, welches sicherstelle, dass ihre Bedenken bei der Entscheidung berücksichtigt würden, müsse die unmittelbar bevorstehende Eintragung der streitgegenständlichen Bezeichnungen verhindert werden, da andernfalls nicht revidierbare Tatsachen geschaffen würden. Die Eintragung der Bezeichnungen lasse sich nur noch durch Zurücknahme der Anträge auf Eintragung durch die Verfügungsbeklagte aufhalten. Schon aus diesem Grund hätten die Verfügungsklägerinnen einen Anspruch auf Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung. Darüber hinaus seien die Einwendungen gegen die Eintragung der streitgegenständlichen Bezeichnungen auch begründet, was näher ausgeführt wird.

Die Verfügungsklägerinnen beantragen übereinstimmend,

die Verfügungsbeklagte im Wege der einstweiligen Verfügung zu verpflichten, die von ihr bei der Europäischen Kommission gestellten Anträge auf Eintragung der Bezeichnungen "Thüringer Rotwurst", "Thüringer Leberwurst" und "Thüringer Rostbratwurst" als geographische Angabe nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 zurückzunehmen.

Die Verfügungsbeklagte und der Nebenintervenient beantragen jeweils,

die Anträge kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Verfügungsbeklagte führt aus, dass Grund für die derzeitige Streitigkeit die unklare Abgrenzung der Verfahrensstufen sei, nämlich der auf nationaler und auf europäischer Ebene. Der deutsche Gesetzgeber sei beim Erlass der nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 notwendigen Verfahrensvorschriften in §§ 130 ff MarkenG davon ausgegangen, dass berechnigte Dritte, die sich gegen die Eintragung einer geographisch geschützten Angabe wenden möchten, dies im Rahmen des Einspruchsverfahrens nach Art 7 Abs 3 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 tun könnten. Aus diesem Grund sei für das nationale Verfahren vorgesehen, dass die Entscheidung des Patentamts nur dem Antragsteller (des Schutzantrages) und dem Bundesministerium der Justiz bekannt gegeben werde, nicht jedoch sonstigen Dritten oder der gesamten Öffentlichkeit. Demgegenüber meine die Kommission, dass der Schwerpunkt der Prüfung bei den Mitgliedstaaten liege, wobei Einsprüche nach Art 7 Abs 3 der Verordnung von Unternehmen aus dem antragstellenden Mitgliedstaat unzulässig seien. Um künftig für den erforderlichen Rechtsschutz zu sorgen, sei eine Änderung der gesetzlichen Regelung geplant. Es sei beabsichtigt, diejenigen von der Entscheidung des Patentamts in Kenntnis zu setzen, die zuvor eine negative Stellungnahme übermittelt hätten. Gleichwohl könne der Antrag der Verfügungsklägerinnen keinen Erfolg haben, weil die Entscheidung des Patentamts inhaltlich zutreffend sei. Damit bestehe kein Anspruch auf Rücknahme des Antrags durch das Bundesministerium der Justiz. Durch ein solches Handeln würde zudem in die vom Patentamt in sachlicher Unabhängigkeit getroffene Entscheidung eingegriffen werden.

Der Nebenintervenient trägt vor, die Veröffentlichung seiner Schutzanträge im Deutschen Markenblatt habe den interessierten Personen Gelegenheit gegeben, binnen drei Monaten ab Veröffentlichungsdatum dazu Stellung zu nehmen. Diese Stellungnahmen hätten eine erneute Prüfung des Patentamts ausgelöst, wobei dieses auch nach der neuerlichen Prüfung zu dem Ergebnis gekommen sei, dass die fraglichen Bezeichnungen nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 schutzfähig seien. Die Verfügungsklägerinnen hätten die Gelegenheit zur Stellungnahme ungenutzt verstreichen lassen. Deshalb seien ihre Anträge auf einstweiligen

Rechtsschutz mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Die Verfügungsklägerinnen hätten zudem durch ihr langes Zuwarten - insbesondere dadurch, dass sie sich am Verfahren vor dem Patentamt überhaupt nicht beteiligt hätten – deutlich gemacht, dass ihnen die Angelegenheit nicht dringlich sei. Im Übrigen sei der Antrag unbegründet, weil die Verfügungsklägerinnen keinen Anordnungsanspruch hätten, was näher ausgeführt wird.

Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2003 die Verfahren 10 W (pat) 22/03 und 10 W (pat) 25/03 zum führenden Verfahren 10 W (pat) 21/03 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung hinzuverbunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Patentamtsakten mit den Aktenzeichen 397 99 006, 398 99 005 und 398 99 006, die Akten des Bundesministeriums der Justiz, Aktenzeichen 9522/1-11(5)-10 III sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässigen Klageanträge sind unbegründet.

#### **I. Zulässigkeit:**

1. Die Zuständigkeit des Bundespatentgerichts ergibt sich aus den gleichlautenden und aufgrund des von allen Beteiligten erklärten Rechtsmittelverzichts unanfechtbaren Verweisungsentscheidungen des Verwaltungsgerichts Berlin. Gemäß § 17 a Abs 2 Satz 3 GVG sind diese Entscheidungen des Verwaltungsgerichts, in denen die Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs festgestellt und die Verfahren an das Bundespatentgericht verwiesen wurden, in Bezug auf die Entscheidung zum Rechtsweg bindend. Da auf dem Rechtsweg zum Bundespatentgericht andere Eingangserichte

nicht existieren, stellt sich auch die Frage einer anderweitigen örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit nicht mehr, so dass sich aus den Verweisungsbeschlüssen nicht nur die Bindung hinsichtlich des Rechtsweges, sondern hinsichtlich der Zuständigkeit des Bundespatentgerichts insgesamt ergibt.

2. Die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sind auch statthaft.

Zwar ist in den Verfahren, in denen es um den Schutz von geographischen Angaben nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 geht, in den §§ 130 ff MarkenG bzw §§ 54 ff MarkenV Rechtsschutz vor einem inländischen Gericht nach dem Gesetz ausdrücklich nur insoweit vorgesehen, als dies die Anfechtung von Entscheidungen des Patentamts mit der Beschwerde betrifft, § 133 Abs 2 MarkenG.

Aus der vergleichbaren Regelung im Markenrecht in § 66 Abs 1 Satz 1 MarkenG, auf die im Abschnitt zum "Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen gemäß der Verordnung (EWG) Nr 2081/92" (§§ 130 ff MarkenG) in § 133 Abs 2 Satz 2 MarkenG verwiesen wird, hat der erkennende Senat in einem früheren Verfahren im Zusammenhang mit einer markenrechtlichen Rückumschreibung geschlossen, dass Anträge auf einstweilige Verfügung in patentgerichtlichen Verfahren grundsätzlich nicht statthaft sind (vgl dazu die Senatsentscheidung vom 4. Dezember 2000, GRUR 2001, 339). Dies ist damit begründet worden, dass eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der ZPO zum Erlass einstweiliger Verfügungen nach §§ 935 ff ZPO nicht in Betracht käme, weil die ergänzend auf die ZPO verweisende Vorschrift des § 82 Abs 1 MarkenG - eine Bestimmung, auf die in § 133 Abs 2 Satz 2 MarkenG verwiesen wird - keine Rechtsgrund-, sondern eine Rechtsfolgenverweisung darstelle. Diese Verweisungsvorschrift gestatte daher nicht, Rechtsmittel oder sonstige Rechtsinstitute der ZPO, die vom Gesetzgeber in das Markenrecht nicht aufgenommen worden seien, in das patentgerichtliche Verfahren einzuführen.

An dieser Rechtsprechung hält der Senat im Grundsatz auch für die Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 bzw §§ 130 ff MarkenG fest. Gleichwohl erscheinen Einschränkungen in zweifacher Hinsicht angezeigt.

Zum einen muss im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gebot des Art 19 Abs 4 Grundgesetz (GG) vorläufiger Rechtsschutz jedenfalls dann statthaft sein, wenn ohne ihn schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (vgl dazu BVerfGE 46, 166, 179). Unter diesem Gesichtspunkt ist vorläufiger Rechtsschutz vorliegend aber schon deshalb nicht eröffnet, weil dies voraussetzt, dass ein Hauptsacheverfahren möglich ist. Das ist hier nicht der Fall. Denn den Verfügungsklägerinnen steht das in diesem Sachzusammenhang nach dem Markengesetz einzige reguläre, nämlich als Beschwerdeverfahren ausgestaltete Hauptsacheverfahren nach § 133 Abs 2 Satz 1 MarkenG mangels Beschwerdeberechtigung nicht zur Verfügung. Sie haben sich nämlich nicht am Verfahren vor dem Patentamt nach § 58 MarkenV beteiligt und demzufolge keine Beteiligtenstellung erlangt, die allein eine Beschwerdemöglichkeit eröffnen würde, § 133 Abs 2 Satz 2 iVm § 66 Abs 1 Satz 2 MarkenG. Ob die Besonderheiten im vorliegenden Verfahren ein sonstiges außerordentliches Hauptsacheverfahren ermöglichen und deshalb eine andere Beurteilung der Statthaftigkeit unter diesem Gesichtspunkt verlangen, kann an dieser Stelle dahinstehen, weil die Statthaftigkeit jedenfalls aus anderen Gründen zu bejahen ist.

Denn vorläufiger Rechtsschutz kann in den patentgerichtlichen Verfahren dann nicht von vorn herein ausgeschlossen sein, wenn das Verfahren von einem Gericht, dessen Verfahrensordnung vorläufigen Rechtsschutz vorsieht, bindend an das Bundespatentgericht verwiesen wird. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass ein vom Gesetz grundsätzlich eingeräumter vorläufiger Rechtsschutz bei bindender Verweisung im Ergebnis verweigert wür-

de, was verfassungsrechtlich wegen Art 19 Abs 4 GG nicht sein darf. Unter diesem Gesichtspunkt hält der Senat die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung letztlich für statthaft.

Die Anträge der Verfügungsklägerinnen richten sich gegen die Bundesrepublik Deutschland als Hoheitsträger mit dem Antrag, diese zu verpflichten, an die Europäische Kommission weitergeleitete Akten und Anträge, die dort in einem speziell ausgestalteten Verfahrensabschnitt auf europäischer Ebene geprüft werden, auf die vorhergehende, formal bereits abgeschlossene nationale Verfahrensstufe "zurückzuholen". Die Verfügungsklägerinnen wollen letztlich erreichen, dass ihnen erneut Gelegenheit gegeben wird, sich in diesem nationalen Verfahrensabschnitt zu beteiligen und dort - sofern nicht das ganze Verfahren ohnehin unter Aufhebung der Entscheidung des Patentamts vom 26. September 2001 und vom 8. Oktober 2001 erneut durchgeführt wird - zumindest eine gerichtliche Anfechtung dieser patentamtlichen Entscheidungen mit den dort getroffenen Feststellungen zu ermöglichen. Wie das Verwaltungsgericht Berlin zutreffend ausgeführt hat, besteht ein sachlicher Zusammenhang mit dem Verfahren nach §§ 130 ff MarkenG. Gleichwohl ist das Verfahren von seiner Struktur her mit keinem der sonstigen patentgerichtlichen Verfahren vergleichbar, bei denen es im Wesentlichen um die Anfechtung von Entscheidungen des Patentamts mit der Beschwerde geht. Vielmehr wird vorliegend im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes die Sicherung eines Anspruchs geltend gemacht, den man in einem Hauptsacheverfahren vor dem Verwaltungsgericht mit einer allgemeinen Leistungsklage geltend machen würde. Eine solche Klageart ist in den Verfahren vor dem Bundespatentgericht nicht vorgesehen. Ob der sachliche Zusammenhang mit der Regelung in §§ 130 ff MarkenG eine Zuordnung solcher Verfahren an das Bundespatentgericht rechtfertigt, ist aufgrund der bindenden Verweisung des Verfahrens an das Bundespatentgericht letztlich unerheblich. Bei der Verfahrens- und Beteiligtenstruktur, die eine beträchtliche Nähe zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren mit einer

allgemeinen Leistungsklage aufweist, kann jedenfalls die Statthaftigkeit von vorläufigem Rechtsschutz vorliegend nicht in Frage stehen.

3. Auch das Rechtsschutzbedürfnis für die beantragte einstweilige Verfügung kann letztlich nicht verneint werden.

Zwar haben es die Verfügungsklägerinnen unterlassen, sich bereits in dem vor dem Deutschen Patent- und Markenamt durchgeführten nationalen Verfahren vor der Weiterleitung der Schutzanträge vom Patentamt über das Bundesministerium der Justiz an die Kommission gemäß § 130 Abs 2 und Abs 3 MarkenG zu beteiligen. Sie haben es insbesondere versäumt, auf der nationalen Ebene innerhalb der für Einwendungen gegen die Schutzanträge vorgesehenen 3-Monatsfrist ab Veröffentlichung der Anträge im Markenblatt eine Stellungnahme nach § 58 Abs 1 MarkenV abzugeben und in diesem Rahmen ihre Bedenken ins Verfahren einzubringen.

Daraus, dass die Verfügungsklägerinnen sich an diesem vorgeschalteten nationalen Prüfungsverfahren nach Art 5 Abs 5 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 bzw § 130 Abs 2 MarkenG und §§ 58, 59 MarkenV nicht beteiligt haben, kann aber nicht geschlossen werden, dass für eine Beteiligung am Verfahren zu einem späteren Zeitpunkt nach Übermittlung des Schutzantrages an die Kommission das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen ist. Denn die Verordnung (EWG) Nr 2081/92 in Art 7 Abs 3 und die zur Umsetzung dieser Verordnungsbestimmung ergangenen nationalen Vorschriften der §§ 132, 133 MarkenG und §§ 60, 61 MarkenV scheinen ganz selbstverständlich davon auszugehen, dass Einsprüche nach der Veröffentlichung von entsprechenden Schutzanträgen im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften von jeder natürlichen Person noch erhoben werden können, unabhängig davon, von welchem Land der Schutzantrag seinen Ausgang genommen hat. Davon durften nach Auffassung des Senats auch die Verfügungsklägerinnen ausgehen. Von einem entsprechenden Verständnis ist

auch der nationale Gesetzgeber ausgegangen, wie die Stellungnahme des die Verfügungsbeklagte vertretenden Bundesministeriums der Justiz zeigt. Der Gesetzgeber hat offensichtlich angenommen, dass der Einspruch nach den obigen Vorschriften den wesentlichen Rechtsbehelf gegen entsprechende Schutzanträge darstellt und zwar auch dann, wenn der Schutzantrag von dem Land ausgeht, in dem der Einsprechende seinen Wohnsitz bzw Sitz hat.

Auf der anderen Seite ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmungen zum vorgeschalteten nationalen Verfahren nach Art 5 Abs 5 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 und den zur Umsetzung erlassenen nationalen Vorschriften des § 130 Abs 1 und Abs 2 MarkenG und der §§ 54 bis 59 MarkenV kein Anhalt dahingehend, dass betroffene oder interessierte Dritte die entsprechende Entscheidung des Patentamts angreifen und insbesondere gerichtlich überprüfen lassen können. Die Verordnung (EWG) Nr 2081/92 regelt in Art 5 Abs 5 nur, dass der Mitgliedstaat, bei dem ein entsprechender Antrag eingeht, "prüft, ob der Antrag gerechtfertigt ist". In der Verordnungsbestimmung des Art 5 Abs 5 ist expressis verbis von einer Beteiligung betroffener oder interessierter Dritter nicht die Rede. Die Umsetzungsbestimmungen des § 130 Abs 2 MarkenG und der §§ 58, 59 MarkenV räumen jedem interessierten Dritten zwar ein Recht zur Stellungnahme ein, die bei der Entscheidung über die Berechtigung des Schutzantrages auch zu prüfen ist. Eine Verbescheidung oder gar Zustellung der Entscheidung an die Stellung nehmenden Dritten ist im Gesetz aber nicht vorgesehen. Nach § 130 Abs 2 MarkenG ist nur geregelt, dass das Patentamt den Antragsteller (des Schutzantrages) von der Entscheidung unterrichtet, was in § 59 Abs 2 MarkenV dahingehend konkretisiert ist, dass diesem die entsprechende Patentamtsentscheidung zugestellt wird. Daraus kann im Gegenzug unschwer geschlossen werden, dass die Stellung nehmenden Dritten nicht zu unterrichten sind oder jedenfalls nicht unterrichtet werden müssen. Der Gesetzgeber geht demzufolge davon aus, dass diese Entschei-

dungen für Dritte nicht anfechtbar sind. Das Patentamt hat gleichwohl in den vorliegenden Fällen quasi "überobligationsmäßig" die drei Beteiligten, die nach Veröffentlichung des Schutzantrages im Markenblatt eine Stellungnahme eingereicht haben, tatsächlich von seinen Entscheidungen unterrichtet und sogar formlos Kopien der die Schutzfähigkeit feststellenden Beschlüsse übersandt.

Aus diesem Gesamtregelungszusammenhang sowohl der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 als auch der dazu ergangenen nationalen Vorschriften sprach vor den Entscheidungen des EuGH vom 26. Oktober 2000 (Rs C-447/98, Slg 2000, I-9097, Tz 74 bis 77 - P...

GmbH gegen B... GmbH, Stichwort "Altenburger Ziegen

käse") und vom 6. Dezember 2001 (Rs C-269/99, GRUR Int 2002, 523, Tz 55 - K... GmbH & Co KG ua gegen J...

GmbH & Co KG, Stichwort "Spreewälder Gurken") sehr viel für die Auffassung, dass gegen die vom Patentamt nach § 130 Abs 2 MarkenG iVm § 59 Abs 1 MarkenV zu erlassenden Beschlüsse Rechtsmittel nach § 133 Abs 2 MarkenG nur für die Antragsteller von Schutzanträgen im Falle der Verneinung der Schutzfähigkeit, nicht aber für die nach § 58 Abs 1 MarkenV stellungnehmenden Dritten im Falle der Bejahung der Schutzfähigkeit statthaft sind (so auch Fezer MarkenG, 3. Aufl., § 133 Rdn 3; nicht ganz so deutlich Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl., § 133 Rdn 2 und Ekey/Klippel Markenrecht, § 133 Rdn 1; aA ohne nähere Begründung Ingerl/Rohnke MarkenG, § 133 Rdn 2).

In den oben bezeichneten Entscheidungen kommt der EuGH zu dem Ergebnis, aus dem Wortlaut und der Systematik des Art 7 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 ergebe sich, dass der Einspruch gegen eine Eintragung nicht von dem Mitgliedstaat ausgehen könne, der den Eintragungsantrag gestellt habe, und dass das durch Art 7 der Verordnung geschaffene Einspruchsverfahren nicht zur Beilegung der Differenzen zwischen der zustän-

digen Behörde des Mitgliedstaats, der die Eintragung einer Bezeichnung beantragt habe und einer natürlichen oder juristischen Person, die in diesem Mitgliedstaat ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihren Hauptverwaltungssitz bzw. eine Niederlassung habe, bestimmt sei. Vielmehr müssten solche Differenzen grundsätzlich (im nationalen Verfahren) behandelt werden, bevor der betreffende Mitgliedstaat der Kommission einen Antrag auf Eintragung, den eine Vereinigung oder eine natürliche oder juristische Person bei ihm gestellt habe, nach Art 5 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 übermittele.

Eine solche Auslegung der Verordnungsbestimmungen mag einer sinnvollen Arbeitsteilung entsprechen und aus systematischen Gründen angezeigt erscheinen. Nach Auffassung des Senats kann aus dem Wortlaut der Vorschriften eine solche Auslegung aber nicht unmittelbar hergeleitet werden, zumal die Bestimmungen nach Art 5 Abs 4 und Abs 5 der Verordnung, die allein sich mit dem vorgeschalteten nationalen Verfahren befassen, ausdrücklich eine Beteiligung Dritter am Verfahren nicht vorsehen, sondern konkret nur anordnen, dass "der Mitgliedstaat prüft, ob der Antrag gerechtfertigt ist." Demgegenüber ist in Art 7 Abs 3 der Verordnung ausdrücklich geregelt, dass "jede in ihrem berechtigten Interesse betroffene natürliche oder juristische Person" Einspruch gegen die Eintragung einlegen kann, ohne dass hier ausdrücklich der Personenkreis ausgegrenzt wird, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz in dem Mitgliedstaat hat, von dem der Schutzantrag ausgeht. Jedenfalls regeln die Verordnungsbestimmungen für das vorgeschaltete nationale Verfahren nach Art 5 Abs 5 eine Drittbeteiligung überhaupt nicht und Art 7 Abs 3 der Verordnung sieht für den Einspruch vor der Kommission eine entsprechende Einschränkung in Bezug auf die Einspruchsberechtigung jedenfalls nicht ausdrücklich vor.

Die Umsetzung der Verordnungsbestimmungen zum vorgeschalteten nationalen Verfahren im Inland mit einer Drittbeteiligung, die für die Dritten keine

gerichtliche Anfechtungsmöglichkeit auf dieser Ebene vorsieht, stellt sich nach Auffassung des Senats als naheliegend und am Wortlaut der Verordnungsbestimmungen orientiert dar.

Der Umstand, dass das die Verordnung umsetzende deutsche Markengesetz und die Markenverordnung in der die Bestimmungen auslegenden Rechtsprechung des EuGH Rechtsschutzlücken aufweisen und demzufolge bei einer im Sinne dieser Rechtsprechung verordnungskonform orientierten Auslegung auch eine andere Beurteilung zur Statthaftigkeit der Beschwerde nach § 133 Abs 2 MarkenG gegen die vom Patentamt nach § 130 Abs 2 MarkenG iVm § 59 Abs 1 MarkenV erlassenen Beschlüsse für Dritte erfordert (vgl dazu EuGH Rs C-97/91, Oleificio Borelli/Kommission, Slg. 1992, I-6313, Tz 13, 14), darf nicht zur Folge haben, dass die Verfügungsklägerinnen ausschließlich auf die Beschwerde nach § 130 Abs 2 MarkenG iVm § 59 Abs 1 MarkenV verwiesen werden und ein Rechtsschutzbedürfnis für andere Verfahren - wie zB das vorliegende – von vorn herein negiert wird. Ansonsten würden die Verfügungsklägerinnen, die sich angesichts der in eine andere Richtung weisenden aktuellen Gesetzeslage im Inland auf die Einspruchsmöglichkeit nach Art 7 Abs 3 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 verlassen haben und deshalb aus nachvollziehbaren oder jedenfalls nicht im Sinne einer Obliegenheitsverletzung vorwerfbar Gründen auf eine Stellungnahme nach § 130 Abs 2 MarkenG und §§ 58, 59 MarkenV verzichtet haben, unangemessen benachteiligt. Sie könnten dann nämlich weder den Einspruch nach Art 7 Abs 3 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 einlegen, und zwar im Hinblick auf die insoweit restriktive Rechtsprechung des EuGH, noch könnten sie die Beschwerde nach § 133 Abs 2 MarkenG erheben, letzteres wegen der Nichtbeteiligung am Verfahren nach § 130 Abs 2 MarkenG und §§ 58, 59 MarkenV und der sich daraus ergebenden fehlenden Beschwerdeberechtigung nach § 133 Abs 2 Satz 2 iVm § 66 Abs 1 Satz 2 MarkenG. Ausgehend von dieser komplexen Problematik, die sich aus einem komplizierten Prüfungsverfahren mit der Betei-

lung von verschiedenen Stellen und Gerichten (Patentamt, Patentgericht, Justizministerium, Europäische Kommission und EuGH) auf verschiedenen Ebenen (national bzw europäisch) ergibt, kann den Verfügungsklägerinnen jedenfalls unter dem Gesichtspunkt eines fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses der Zugang zu den nationalen Gerichten auch dann nicht von vorn herein verweigert werden, wenn das Verfahren bereits seinen Fortgang genommen hat und sich der Antrag nach seiner Weiterleitung bereits bei der Europäischen Kommission befindet.

Das Rechtsschutzbedürfnis kann auch nicht deshalb verneint werden, weil die Verfügungsklägerinnen die oben bezeichnete Rechtsprechung des EuGH ("Altenburger Ziegenkäse" und "Spreewälder Gurken") in der Zeit, als das nationale Verfahren nach Art 5 Abs 5 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 bzw § 130 Abs 1 und Abs 2 MarkenG und §§ 54 bis 59 MarkenV durchgeführt wurde, noch nicht zur Kenntnis genommen haben. Bei Kenntnis dieser Rechtsprechung hätten sie zwar den Schluss ziehen müssen, dass bei Fällen wie den vorliegenden grundsätzlich nur eine Beteiligung am nationalen Verfahren sicherstellt, gehört zu werden, und unter Umständen auch eine Beschwerde nach § 133 Abs 2 MarkenG eröffnet. Angesichts der in eine andere Richtung weisenden aktuellen Gesetzeslage würde man die Anforderungen an eine Partei überspannen, wenn man verlangte, dass sie die Rechtsprechung des EuGH verfolgt, zumal offensichtlich auch der Bundesgesetzgeber und ein Teil der Kommentarliteratur diese Rechtsprechung des EuGH entweder nicht zur Kenntnis genommen oder zumindest in ihrer Bedeutung für das nationale Verfahren nach Art 5 Abs 5 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 bzw § 130 Abs 1 und Abs 2 MarkenG und §§ 54 bis 59 MarkenV unzutreffend eingeschätzt haben.

II. Begründetheit:

Die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sind aber unbegründet, weil die Verfügungsklägerinnen jedenfalls keinen Anspruch auf die begehrte Leistung haben. Ob ein Verfügungsgrund als weitere Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegeben ist, kann deshalb dahinstehen.

1. Zunächst kann offen bleiben, ob ein Verfügungsanspruch nicht bereits daran scheitert, dass die mehrstufig aufgebauten Verfahren sich nach Abschluss des Prüfungsverfahrens gemäß Art 5 Abs 5 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 bzw § 130 Abs 1 und Abs 2 MarkenG und §§ 54 bis 59 MarkenV nicht mehr in diesem Verfahrensabschnitt, sondern bereits in einem späteren Verfahrensstadium, nämlich dem vor der Europäischen Kommission befinden. In einem regulären gerichtlichen Instanzenzug etwa kann das Verfahren, das sich in einem Rechtsmittelverfahren befindet, auch dann nicht durch die Vorinstanz auf die vorherige Verfahrensstufe quasi "zurückgeholt" und damit der übergeordneten Instanz wieder entzogen werden, wenn Fehler und Versäumnisse in der unteren Instanz geschehen sind. Nur die übergeordnete Instanz hat die Möglichkeit, die Sache gegebenenfalls zurückzuverweisen. Entsprechende Anträge sind an die übergeordnete Instanz zu richten.

Nun stellt sich das Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 und den dazu erlassenen nationalen Vorschriften nicht als Instanzenzug dar, insbesondere stehen die im Verfahrensablauf nacheinander mit der Sache befassten Stellen nicht in einem irgendwie gearteten Unter- oder Überordnungsverhältnis, das etwa der im Verfahrensablauf später mit der Sache befassten Stelle erlauben würde, Entscheidungen der zuvor mit der Sache befassten Stelle aufzuheben. Dies gilt auch im Verhältnis zwischen dem Deutschen Patent- und Markenamt und dem Bundesministerium der Justiz

einerseits und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften andererseits. Die Funktionen und die Aufgaben der nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 jeweils mit der Sache befassten Stelle unterscheiden sich, auch wenn der Prüfungsgegenstand jeweils der Antrag auf Schutz einer Bezeichnung als geographische Angabe ist.

Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass in Bezug auf die Bezeichnungen "Thüringer Rostbratwurst", "Thüringer Leberwurst" und "Thüringer Rotwurst" vor dem Deutschen Patent- und Markenamt sowohl vom Zeit- als auch vom Prüfungsumfang bereits auf der nationalen Ebene bis zur Weiterleitung des Schutzesantrages an die Kommission relativ langwierige Verfahren stattgefunden haben. Nach Vorprüfung durch das Deutsche Patent- und Markenamt wurden zunächst jeweils gemäß § 55 Abs 1 MarkenV verschiedene interessierte öffentliche Körperschaften und Verbände beteiligt. Stellungnahmen wurden in allen drei Verfahren von mehr als 15 Beteiligten abgegeben und bei der nachfolgenden Prüfung durch das Patentamt, die zur Veröffentlichung der Schutzanträge im Markenblatt führte, berücksichtigt. Nach der Veröffentlichung der Schutzanträge wurden wiederum Einwendungen von zwei bzw drei Beteiligten gegen die Schutzfähigkeit der Bezeichnungen erhoben, die bei der weiteren Prüfung und den Entscheidungen des Patentamts nach § 59 Abs 1 MarkenV ausführlich abgehandelt wurden. Zwischen dem Eingang der Schutzanträge des Nebenintervenienten am 10. November 1997 bzw 7. Mai 1998 und den auf der nationalen Ebene abschließenden Entscheidungen durch das Deutsche Patent- und Markenamt am 8. Oktober 2001 bzw am 26. September 2001 lagen je nach Verfahren zwischen drei und vier Jahre. Die Entscheidungen des Patentamts sind mit regulären Rechtsmitteln von den dortigen Beteiligten auch nicht angefochten, so dass grundsätzlich bestandskräftige Entscheidungen vorliegen, die dem Schutzantragsteller und Nebenintervenienten außerdem schutzwürdige Rechtspositionen einräumen.

Bei diesen Umständen und angesichts der Struktur des mehrstufigen und aufgrund der Beteiligung von nationalen und supranationalen Entscheidungsträgern komplizierten Verfahrens, kann die Rücknahme der bei der Europäischen Kommission anhängigen Schutzanträge mit anschließendem erneuten nationalen Prüfungsverfahren unter Beteiligung der Verfügungsklägerinnen nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen.

Die Verfügungsbeklagte ist auch grundsätzlich an die in einem gerichtsähnlichen Verfahren getroffenen Entscheidungen des Patentamts (§ 133 Abs 1 MarkenG iVm §§ 56 ff MarkenG) gebunden, insbesondere kommt ihr nach der gesetzlichen Regelung keine eigene Entscheidungs- und Eingriffsbefugnis zu. Nach Abschluss des Prüfungsverfahrens vor dem Patentamt werden die Schutzanträge zwar an das Bundesministerium der Justiz übermittelt (§ 130 Abs 3 MarkenG), von dort aber lediglich ohne weitere Prüfung an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften weitergeleitet (§ 130 Abs 4 MarkenG).

Schon diese grundsätzlichen verfahrensrechtlichen Besonderheiten und insbesondere auch die vom Schutzantragsteller und Nebenintervenienten erlangte geschützte verfahrensrechtliche Position sprechen gegen die Bejahung eines Anspruchs der Verfügungsklägerinnen, selbst wenn man ihren Anspruch auf Beteiligung an dem Verfahren auf nationaler Ebene nach Art 5 Abs 5 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 bzw § 130 Abs 1 und Abs 2 MarkenG und §§ 54 bis 59 MarkenV einschließlich gerichtlicher Überprüfung der Patentamtsentscheidung nach § 59 Abs 1 MarkenV im Grundsatz bejaht. Letztlich kann die Entscheidung über diese Fragen aber dahingestellt bleiben.

2. Die Klageanträge sind nämlich schon deswegen zurückzuweisen, weil selbst eine antragsgemäße Verpflichtung der Verfügungsbeklagten die Verfügungsklägerinnen nicht zu ihrem eigentlichen Rechtsschutzziel führt,

nämlich nach einer Aufhebung der patentamtlichen Beschlüsse die Zurückweisung der Schutzanträge zu erreichen.

Sofern man Rechtsschutz auf europäischer Ebene außer Betracht lässt, weil dieser - wie es scheint - für die Verfügungsklägerinnen nach der Rechtsprechung des EuGH ausgeschlossen ist, muss es das erste Ziel der Verfügungsklägerinnen sein, an dem Verfahren auf nationaler Ebene nach Art 5 Abs 5 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 bzw § 130 Abs 2 MarkenG und §§ 54 bis 59 MarkenV - in welcher Form auch immer - beteiligt zu werden, um dann in einem weiteren Schritt das eigentliche Rechtsschutzziel, nämlich die Zurückweisung der gestellten Schutzanträge zu erreichen. Da dieser Verfahrensabschnitt auf nationaler Ebene formal bereits abgeschlossen ist, kann dieses erste Ziel in einem ersten Schritt nur durch eine Verpflichtung der Verfügungsbeklagten zur Rücknahme der Schutzanträge erreicht werden, wie es die Verfügungsklägerinnen beantragt haben. Damit sind sie aber noch nicht an ihrem eigentlichen Rechtsschutzziel der Zurückweisung der Schutzanträge angelangt.

Deshalb kann eine solche Verpflichtung der Verfügungsbeklagten überhaupt nur dann in Betracht gezogen werden, wenn eine Aussicht besteht, dass die Zurückweisung der Schutzanträge auf diesem Weg erreicht werden kann. Dies ist nicht der Fall.

Die von den Verfügungsklägerinnen begehrte Rücknahme der bei der Kommission anhängigen Schutzanträge beseitigt noch nicht die Beschlüsse des Patentamts vom 26. September 2001 (AZ 397 99 006) und 8. Oktober 2001 (AZ 398 99 005 und AZ 398 99 006), in denen die Schutzfähigkeit der beanspruchten Bezeichnungen festgestellt wird. Eine reguläre Anfechtung dieser Entscheidungen durch die Verfügungsklägerinnen mit dem Ziel einer Zurückweisung der Schutzanträge scheitert bereits an der fehlenden Beschwerdeberechtigung der Verfügungsklägerinnen (siehe dazu unten a)).

Eine außerordentliche gerichtliche Anfechtungsmöglichkeit ergibt sich weder aus der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 in der durch den EuGH vorgenommenen Auslegung der Bestimmungen noch aus allgemeinen europäischen oder deutschen Rechtsprinzipien wie Art 19 Abs 4 GG. Sie ergäbe sich nach der aktuellen Gesetzeslage auch dann nicht, wenn die Verfügungsklägerinnen sich nach der Veröffentlichung der Schutzanträge am Verfahren vor dem Patentamt beteiligt hätten. Denn das Markengesetz und die Markenverordnung sehen eine solche Anfechtung nicht vor, was zumindest für die Beteiligten, die keine Verletzung subjektiver Rechte geltend machen, auch nach allgemeinen europäischen Rechtsprinzipien und verfassungsrechtlichen Prinzipien (Art 19 Abs 4 GG) nicht beanstandet werden kann (siehe dazu unter b)).

Schließlich zeigen die Verfügungsklägerinnen auch keine ausreichenden Umstände auf, die gegen die Richtigkeit der patentamtlichen Entscheidungen zur Schutzfähigkeit der beanspruchten Bezeichnungen sprechen. Auch unter diesem Gesichtspunkt sind die Verfügungsanträge zurückzuweisen (siehe dazu unten c)).

- a) Im Hinblick auf die vorhandenen und die Schutzfähigkeit der beanspruchten Bezeichnungen feststellenden Beschlüsse des Patentamts kann eine Zurückweisung der Schutzanträge nur auf zwei Wegen geschehen.

Zum einen könnte in den einstweiligen Verfügungsverfahren bzw in den anschließenden Hauptsacheverfahren eine Aufhebung der Entscheidungen des Patentamts ohne Sachprüfung mit der Folge angeordnet werden, dass die Verfahren vor dem Patentamt jedenfalls teilweise wiederholt werden, sinnvollerweise beginnend mit einer erneuten Veröffentlichung der Schutzanträge im Markenblatt nach § 56 Abs 1 MarkenV, um den Verfügungsklägerinnen so erneut Gelegenheit zu der versäumten Beteiligung am nationalen Verfahren zu geben. Dort könnten die Verfügungsklägerinnen ihre Ein-

wendungen vorbringen und versuchen, eine Zurückweisung der Schutzanträge zu erreichen. Eine solche Aufhebung Patentamtsentscheidungen ohne Sachprüfung kommt in Betracht, wenn die dort durchgeführten Verfahren an einem so wesentlichen Mangel leiden, dass sie nicht mehr als ordnungsgemäße Entscheidung für die darauf beruhenden Beschlüsse angesehen werden könnten, entsprechend § 70 Abs 3 Nr 2 MarkenG.

Zum anderen könnten die Entscheidungen des Patentamts ohne teilweise Wiederholung des patentamtlichen Verfahrens in einem patentgerichtlichen Verfahren sachlich überprüft werden.

Beide Alternativen laufen auf eine Überprüfung der Entscheidungen des Patentamts hinaus, wie sie in regulären Beschwerdeverfahren stattfinden. Bei der Beurteilung der Anfechtungsmöglichkeiten können aber die prozessualen Regeln nicht ignoriert oder umgangen werden. Für eine Überprüfung in der Sache müssen die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein. Bereits daran fehlt es. Den Verfügungsklägerinnen steht eine Beschwerde schon mangels Beschwerdeberechtigung nicht mehr offen. Sie haben sich nämlich – wie bereits ausgeführt - am Verfahren vor dem Patentamt nach § 58 MarkenV nicht beteiligt und haben folglich keine Beteiligtenstellung erlangt, die allein eine Beschwerdemöglichkeit eröffnen würde, § 133 Abs 2 Satz 2 iVm § 66 Abs 1 Satz 2 MarkenG. Deshalb kann die Rücknahme der Schutzanträge durch die Verfügungsbeklagte nicht zu dem von den Verfügungsklägerinnen erstrebten Rechtsschutzziel führen. Unter diesem Gesichtspunkt kann demzufolge ein Anspruch auf die begehrte Leistung nicht bejaht werden. Es kommt auch nicht in Betracht, den Verfügungsklägerinnen ausnahmsweise eine Beschwerdeberechtigung einzuräumen. Dies würde der gesetzlichen Regelung widersprechen und zudem schutzwürdige Rechtspositionen des Schutzantragstellers und Nebenintervenienten systemwidrig beeinträchtigen. Auch unter dem Gesichtspunkt, dass sich die Verfügungsklägerinnen aufgrund der aktuellen Gesetzeslage im Inland möglicherweise

bewusst auf die Einspruchsmöglichkeit nach Art 7 Abs 3 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 verlassen haben und deshalb aus nachvollziehbaren oder jedenfalls nicht im Sinne einer Obliegenheitsverletzung vorwerfbaren Gründen auf eine Stellungnahme nach § 130 Abs 2 MarkenG und §§ 58, 59 MarkenV verzichtet haben, kann eine Beschwerdeberechtigung für ein reguläres Beschwerdeverfahren nicht systemwidrig hergeleitet werden. Dies würde nämlich das gesamte Regelungsgefüge sprengen und insbesondere auch die Bestandskraft von im Prinzip unanfechtbaren Entscheidungen in Frage stellen. Für die Durchbrechung der Bestandskraft bzw Rechtskraft stellt das Gesetz konkrete und abschließende Regeln auf (vgl zB die Regeln zur Wiedereinsetzung, die Regelung zur Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß §§ 578 ff ZPO durch Nichtigkeits- und Restitutionsklage oder die Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz nach § 51 bei unanfechtbaren Verwaltungsakten), deren Voraussetzungen vorliegend offensichtlich nicht gegeben sind, denn die Verfahren vor dem Patentamt sind ordnungsgemäß verlaufen. Diese Regelungen dürfen nicht durch normale Klagen oder Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz bzw eine erweiternde Auslegung in Bezug auf die Beschwerdeberechtigung unterlaufen werden.

Der Umstand, dass dieser Gesichtspunkt bei der Zulässigkeitsprüfung der Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz zur Bejahung des Rechtsschutzbedürfnisses führte (siehe oben I 3.), stellt dabei keinen Widerspruch dar. Denn die Kriterien, nach denen das Rechtsschutzbedürfnis zu prüfen ist, unterscheiden sich von denen, die im Rahmen der Prüfung der Begründetheit maßgeblich sind. In diesem Rahmen ist die Erfolgsaussicht der Beschwerden nach § 133 Abs 2 MarkenG zu beurteilen, wozu auch die Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde einschließlich der Beschwerdeberechtigung gehört.

Aus dem Umstand, dass die Verfügungsklägerinnen gemäß der Rechtsprechung des EuGH ihre Einwendungen nach Weiterleitung der Schutzanträge

an die Kommission nicht mehr in das Prüfungsverfahren einbringen können, ergibt sich nach Auffassung des Senats keine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die eine Aufhebung der Patentamtsbeschlüsse rechtfertigen könnte. Zunächst hatten die Verfügungsklägerinnen die Möglichkeit, sich nach der Veröffentlichung der Schutzanträge im Markenblatt an den Verfahren vor dem Patentamt zu beteiligen und zu äußern. Dies verwirklicht den Anspruch auf rechtliches Gehör in ausreichender Weise. Soweit diese Möglichkeit nicht wahrgenommen wird, beruht dies auf eigener Entscheidung und kann für sich genommen nicht zu einer Rechtsverletzung führen. Bei sehr weitgehender Interpretation des Anspruchs auf rechtliches Gehör könnte ein entsprechender Verstoß damit begründet werden, dass eine Stellungnahme deshalb vereitelt worden sei, weil die Verfügungsklägerinnen sich angesichts der aktuellen Gesetzeslage in Deutschland darauf verlassen haben, dass sie im Verfahren vor der Kommission gehört werden, was nunmehr nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art 7 Abs 3 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 ausgeschlossen erscheint. Abgesehen davon, dass die Verfügungsklägerinnen einen solchen tatsächlichen Ablauf mit entsprechenden Beweggründen nicht behaupten, würde dies die Anforderungen an ein Verfahren, das mehrstufig auf nationaler und europäischer Ebene ausgestaltet ist und den hier beteiligten Verfügungsklägerinnen zudem nur Anhörungsrechte einräumt (siehe dazu unter b)), wohl überspannen. Im Übrigen hatten die Verfügungsklägerinnen in den vorliegenden Verfahren ausreichend Gelegenheit, ihre Einwendungen vorzutragen, so dass jedenfalls in diesem Rahmen rechtliches Gehör nachträglich und in ausreichender Weise gewährt wurde. Sie tragen ferner keine relevanten neuen Gesichtspunkte vor, die nicht bereits Gegenstand der Prüfung durch das Patentamt gewesen wären.

- b) Ein Anspruch auf eine gerichtliche Überprüfung ergibt sich für die Verfügungsklägerinnen im Übrigen weder aus der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 selbst, und zwar auch nicht nach den vom EuGH aufgestellten

Rechtsgrundsätzen und den zur Verordnung ergangenen Entscheidungen, noch aus sonstigen übergeordneten Rechtsgrundsätzen, die in einer gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften wurzeln, insbesondere auch nicht aus Art 19 Abs 4 Grundgesetz (GG).

Die Rechtsprechung des EuGH (GRUR Int 2002, 523 "Spreewälder Gurken") kann allerdings dahingehend (miss)verstanden werden, dass es für (nur) interessierte Dritte die Möglichkeit geben muss, die Rechtmäßigkeit einer angestrebten Eintragung als geschützte geographische Angabe (GGA) gerichtlich schon im nationalen Verfahren nach Art 5 Abs 5 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 bzw § 130 Abs 2 MarkenG und §§ 54 bis 59 MarkenV überprüfen zu lassen (vgl dazu EuGH aaO, Tz 56 bis 58).

Eine solche Überprüfungsmöglichkeit muss es zwar grundsätzlich geben. Insofern enthalten das die Verordnung (EWG) Nr 2081/92 umsetzende Markengesetz und die die Verordnung umsetzende Markenverordnung in der die Bestimmungen auslegenden Rechtsprechung des EuGH Rechtsschutzlücken und bedürfen der Nachbesserung. Denn in Fällen wie den vorliegenden ist einerseits eine gerichtliche Überprüfung auf der nationalen Ebene ausgeschlossen und andererseits schließt die Rechtsprechung des EuGH eine gerichtliche Überprüfung auf der europäischen Ebene aus. Es muss aber jedenfalls für die in ihren subjektiven Rechten betroffenen Dritten eine gerichtliche Überprüfbarkeit gewährleistet sein, was sich sowohl aus der Auslegung der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 in der Rechtsprechung des EuGH als auch nach deutschem Verfassungsverständnis zu Art 19 Abs 4 GG ergibt.

Ob der deutsche Gesetzgeber aber neben einem Anhörungsrecht für Dritte, das in der derzeitigen Ausgestaltung von § 58 Abs 1 MarkenV bereits verwirklicht ist, und der erforderlichen Beschwerdemöglichkeit für die in subjek-

tiven Rechten betroffenen Dritten auch noch eine gerichtliche Anfechtung der Patentamtsentscheidungen für sonstige (nur interessierte und nicht in eigenen Rechten betroffene) Dritte ähnlich einer Popularklage bzw einem Popularrechtsbehelf nach § 55 Abs 1, Abs 2 Nr 1 MarkenG ermöglicht, steht nach Auffassung des Senats im Ermessen des Gesetzgebers. Die Notwendigkeit zur Schaffung einer solchen "Popularklage" ergibt sich weder aus der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 noch aus den in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften wurzelnden Rechtsprinzipien oder aus Art 19 Abs 4 GG.

Die Verfügungsklägerinnen verkennen die Tragweite des vom EuGH in seinem Urteil vom 6. Dezember 2001 (GRUR Int 2002, 523 "Spreewälder Gurken", Tz 56 bis 58,) postulierten Rechts auf gerichtliche Überprüfbarkeit von Entscheidungen. Auch wenn die Formulierungen in der EuGH-Entscheidung in Richtung einer obligatorischen Popularklage missverstanden werden können, widerspräche eine solche Forderung sowohl der Rechtsprechung des EuGH als auch den allgemeinen europäischen Rechtsprinzipien zur Gewährung von Rechtsschutz, wie sie im Inland in Art 19 Abs 4 GG ihre Ausprägung erfahren haben.

Nach diesen Rechtsprinzipien ist der Weg zu einer gerichtlichen Nachprüfung nur für denjenigen obligatorisch eröffnet, der in eigenen Rechten verletzt ist (unbestrittene allgemeine Auffassung zu Art 19 Abs 4 GG; siehe zu dieser Auslegung die Kommentare zu Art 19 Abs 4 GG, zB Maunz-Dürig-Herzog Art 19 Abs 4 Rdn 116 ff). Eine bloße faktische Betroffenheit reicht nicht aus (Maunz-Dürig-Herzog Art 19 Abs 4 Rdn 120 ff). Die Regelung nach europäischem Recht in Art 230 Abs 4 EGV (früher Art 173 Abs 4 EGV) geht darüber nicht hinaus. Dies gilt auch für die Rechtsprechung des EuGH, wenn er in Urteilen ausspricht, dass Entscheidungen nationaler Behörden, die Dritte in ihren Rechten verletzen, selbst dann mit einer entsprechenden Klage angefochten werden können, wenn die innerstaatlichen Ver-

fahrensvorschriften dies nicht vorsehen (EuGH Rs C-97/91, Oleificio Borelli/Kommission, Slg. 1992, I-6313, Tz 13, 14). Dies entspricht in vollem Umfang deutschem, insoweit von Art 19 Abs 4 GG geprägtem Verfassungsverständnis, weil auch der EuGH die Verletzung von subjektiven Rechten verlangt.

Weitergehender Rechtsschutz ergibt sich auch nicht aus der spezifisch auf die Verordnung (EWG) Nr 2081/92 bezogenen Rechtsprechung des EuGH, insbesondere kann diese nicht dahingehend interpretiert werden, dass die Verordnung auch sonstigen, nur interessierten und nicht in ihren subjektiven Rechten betroffenen Dritten ein Recht auf gerichtliche Überprüfung im Sinne eines Populärrechtsbehelfs einräumt. Ein solches Verständnis der Ausführungen des EuGH (in GRUR Int 2002, 523 "Spreewälder Gurken", Tz 56 bis 58) würde im klaren Widerspruch zu anderen Entscheidungen des Gerichtshofs zur Verordnung (EWG) Nr 2081/92 stehen. Denn soweit Entscheidungen der Kommission nach Art 7 Abs 5 b) der Verordnung (EWG) Nr 2081/92, die regelmäßig im Wege der die Grundverordnung (EWG) Nr 2081/92 ergänzenden Verordnung ergehen, von Dritten angegriffen werden, kommt ein Erfolg versprechendes Rechtsmittel nach Artikel 230 Abs 4 EGV auch nur dann in Betracht, wenn der Kläger bzw Rechtsmittelführer unmittelbar und individuell betroffen ist. Dies entspricht dem, was nach Art 19 Abs 4 GG unter dem Erfordernis der Verletzung eigener Rechte zu verstehen ist (siehe zur unmittelbaren und individuellen Betroffenheit nach Art 173 Abs 4 EGV - jetzt Art 230 Abs 4 EGV - EuGH "Altenburger Ziegenkäse" aaO, Tz 63 bis 69). Gründe für eine Differenzierung dahingehend, dass bei Klagen gemäß Art 230 Abs 4 EGV gegen Entscheidungen der Kommission nach Art 7 Abs 5 b) der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 höhere Prüfungsanforderungen gestellt werden als für eine gerichtliche Anfechtung nach § 133 Abs 2 MarkenG im nationalen Ausgangsverfahren nach Art 5 Abs 5 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 bzw § 130 Abs 2 MarkenG und §§ 54 bis 59 MarkenV, sind nicht ersichtlich. Es kann und darf bei einer gemeinschafts-

weiten Regelung im Rahmen der Auslegung der Verordnungsbestimmungen in Bezug auf die Rechtsschutzmöglichkeiten keinen Unterschied machen, ob gegen die positive Entscheidung in Bezug auf einen Schutzantrag im nationalen Ausgangsverfahren nach Art 5 Abs 5 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 gerichtlich vorgegangen wird oder ob die entsprechende Entscheidung der Kommission nach Art 7 Abs 5 b) der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 auf europäischer Ebene mit der Klage nach Art 230 Abs 4 EGV angegriffen wird. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es möglich sein soll, dass die positive Entscheidung des Patentamts zu einem von einem deutschen Verband eingereichten Schutzantrag (vorliegend zB in Bezug auf die Bezeichnung Thüringer Rotwurst) von einem bayerischen Unternehmen mit einem Popularrechtsbehelf ohne eigene individuelle Rechtsverletzung angegriffen werden können soll, nicht dagegen auf der EU-Ebene entsprechend von einem österreichischen Unternehmen. Eine solche Differenzierung würde eine nicht mit sachlichen Gründen zu rechtfertigende Ungleichbehandlung darstellen. Eine solche Auslegung der Verordnungsbestimmungen, die zudem keinen Anhalt im Verordnungstext selbst bietet, verbietet sich. Es sei in diesem Zusammenhang noch einmal darauf hingewiesen, dass in Art 5 Abs 5 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92, der das vorgeschaltete nationale Verfahren regelt, eine Beteiligung Dritter überhaupt nicht angesprochen ist, wohingegen Art 7 Abs 3 der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 eine Beteiligung Dritter ausdrücklich und nach dem Wortlaut der Bestimmung jedenfalls ohne Einschränkung in Bezug auf die Einspruchsberechtigung regelt.

Vor dem Hintergrund des Wortlauts der Verordnungsbestimmungen wäre es geradezu widersinnig, für das nationale Verfahren bis zur Weiterleitung der Schutzanträge an die Kommission gerichtliche Überprüfungsmöglichkeiten im Sinne eines Popularrechtsbehelfs zu verlangen, die im Verfahren vor der Kommission selbstverständlich schon im Hinblick auf den Wortlaut des Art 230 Abs 4 EGV ausgeschlossen sind.

Ausgehend von diesen grundsätzlichen Erwägungen unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung kommt eine gerichtliche Anfechtung der Patentamtsentscheidungen nach § 59 Abs 1 MarkenV nach aktueller Gesetzeslage nur in Betracht, wenn die Verfügungsklägerinnen eine Verletzung eigener Rechte, wie zB eigener Namens- oder Markenrechte, geltend machen. Nur dann könnte sich aus den oben dargestellten Unzulänglichkeiten der aktuellen Gesetzeslage die Notwendigkeit einer gerichtlichen Korrektur zu Gunsten der Verfügungsklägerinnen ergeben.

Die Verletzung solcher eigener Rechte machen die Verfügungsklägerinnen aber nicht geltend, und sie ist auch nicht ersichtlich. Die positiven Entscheidungen des Patentamts über die gestellten Schutzanträge berühren die Verfügungsklägerinnen nur in ihrer objektiven Eigenschaft als Unternehmen und betreffen sie nur in gleicher Weise wie alle anderen Wirtschaftsteilnehmer, die sich tatsächlich oder potenziell in gleicher oder ähnlicher Situation befinden (so auch EuGH zur unmittelbaren und individuellen Betroffenheit nach Art 230 Abs 4 EGV "Altenburger Ziegenkäse" aaO). Die Auswirkungen solcher Entscheidungen, welche die freie Verwendbarkeit von Begriffen ganz allgemein und für jedermann einschränken, stellt keine Verletzung eigener subjektiver Rechte dar, und zwar auch dann nicht, wenn es sich um Gattungsbezeichnungen handeln sollte. Solche Entscheidungen haben nur eine tatsächliche, wenn auch möglicherweise negative Reflexwirkung für Dritte, die einen gerichtlichen Rechtsschutz nach Art 19 Abs 4 GG aber nicht eröffnet, und zwar selbst dann nicht, wenn wirtschaftliche Interessen beeinträchtigt sind (vgl dazu etwa Schmidt-Bleibtreu Klein, Kommentar zum GG, Art 19 Rdn 23 1. Absatz). Positive Entscheidungen über die Schutzfähigkeit von geographischen Angaben eröffnen demzufolge vorliegend eine gerichtliche Anfechtung weder nach der Verordnung (EWG) Nr 2081/92 noch nach allgemein gültigen Rechtsprinzipien, wie etwa nach Art 19 Abs 4 GG.

- c) Die Verfügungsklägerinnen zeigen letztlich nicht auf, weshalb die Patentamtsentscheidungen zur Schutzfähigkeit der beanspruchten Bezeichnungen unrichtig sind. Im Hinblick auf die bereits genannten Gründe, welche die Zurückweisung der Anträge bereits tragen, sei insoweit nur auf einige wenige Gesichtspunkte hingewiesen.

Mit der Argumentation der Verfügungsklägerinnen gehen die Patentamtsbeschlüsse sogar selbst davon aus, dass die beanspruchten geographischen Angaben in den alten Bundesländern möglicherweise Gattungsbezeichnungen waren. Allerdings stellt sich nach Auffassung des Patentamts die Situation in den neuen Bundesländern anders dar. Hier zeigen die Verfügungsklägerinnen nicht in ausreichender Weise auf, weshalb diese Feststellung des Patentamts unrichtig sein soll. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass die streitgegenständlichen Bezeichnungen in der ehemaligen DDR Schutz als geographische Herkunftsangaben genossen haben und in der Zeit nach der Wiedervereinigung auf entsprechenden Antrag hin am 8. August 1995 gemäß §§ 33 ff Erstreckungsgesetz (ErstrG) in Verbandszeichen umgewandelt worden sind. Das Erstreckungsgesetz regelt sogar ausdrücklich den Konfliktfall, dass die in der ehemaligen DDR geschützten Herkunftsangaben in den alten Bundesländern rechtmäßig als Gattungsbezeichnungen benutzt worden sind und sieht für eine Übergangszeit Weiterbenutzungsrechte von zwei bzw vier oder in besonderen Fällen von zehn Jahren vor, § 38 Abs 1 und Abs 2 ErstrG. Das Gesetz geht demzufolge selbst von der Möglichkeit aus, dass eine geographische Angabe, die in den alten Bundesländern rechtmäßig als Gattungsbezeichnung benutzt worden war, einer insoweit berechtigten Nutzung wieder entzogen werden kann, wenn die entsprechende Bezeichnung in der DDR als Herkunftsangabe eingetragen war. Diese Regelung hat ihre Grundlage im Einigungsvertrag, wo durch solche Bestimmungen den berechtigten Interessen der Inhaber von gewerblichen Schutzrechten Rechnung getragen werden sollte.

In diesem Zusammenhang sei auch noch darauf hingewiesen, dass der Nebenintervenient für die streitgegenständlichen geographischen Angaben bereits seit 1995 Schutz genießt, und zwar über den nach § 33 ErstrG beantragten und eingeräumten Schutz als Verbandszeichen. Spätestens nach Ablauf der längstmöglichen Übergangsfrist von 10 Jahren nach § 38 Abs 2 ErstrG, also im Jahr 2005, könnten die Verfügungsklägerinnen sich ohnehin unter keinem Gesichtspunkt mehr auf eine berechtigte Benutzung der streitgegenständlichen geographischen Angaben als Gattungsbezeichnung berufen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt würde wohl in Verfahren wie dem vorliegenden auch jegliches Rechtsschutzbedürfnis für entsprechende Klageanträge entfallen.

III. Kosten und vorläufige Vollstreckbarkeit:

Die Kostenentscheidung hat ihre Rechtsgrundlage in § 133 Abs 2 Satz 2 iVm § 82 Abs 1 MarkenG iVm §§ 91 Abs 1, 101 Abs 1 ZPO und § 17 b Abs 2 Satz 1 GVG.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 133 Abs 2 Satz 2 iVm § 82 Abs 1 MarkenG iVm § 709 Satz 1 und 2 ZPO.

Schuster

Püschel

Knoll

Ko