

BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 206/00

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 399 31 971.9

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 29. November 2000 durch den Vorsitzenden Richter Meinhardt, den Richter Baumgärtner und die Richterin Pagenberg

beschlossen:

Die Beschwerde gilt als nicht eingelegt.

Gründe

I.

Die Wortmarke

"SimplyCall"

soll für verschiedene Waren und Dienstleistungen der Klassen 9, 16, 35 und 38 in das Markenregister eingetragen werden.

Die Markenstelle für Klasse 38 hat mit Beschluß vom 16. März 2000 die Anmeldung aus den Gründen des Erstbescheids vom 28. Juni 1999, denen die Anmelderin nicht widersprochen hat, wegen fehlender Unterscheidungskraft und wegen eines Freihaltebedürfnisses zurückgewiesen.

Gegen diesen ihr per Einschreiben zugestellten Beschluß hat die Anmelderin mit Telefaxschriftsatz vom 2. Mai 2000 Beschwerde eingelegt, mit dem sie ihr Eintragungsbegehren weiterverfolgt, und die Beschwerdegebühr i.H.v. 345.-- DM durch Abbuchungsauftrag entrichtet.

Auf den Hinweis des Rechtspflegers, daß die Beschwerdegebühr verspätet eingezahlt worden sei, trägt die Anmelderin vor, der Beschluß sei ihr erst am 31. März 2000 zugestellt worden, mithin sei die Beschwerdegebühr rechtzeitig bezahlt worden.

Hilfsweise beantragt sie Wiedereinsetzung.

Zur Begründung führt sie aus, ihre Poststelle habe sich bisher immer als sehr gewissenhaft erwiesen und eingehende Schreiben am selben, spätestens am nächsten Tag der zuständigen Stelle vorgelegt. Daher habe die Anmelderin darauf vertrauen können, daß der Beschluß nicht vor dem 30. März 2000 eingegangen sei.

Im übrigen ist sie der Auffassung, daß der Marke die erforderliche Unterscheidungskraft zukomme und ein Freihaltebedürfnis nicht bestehe.

II.

Da die Beschwerdegebühr nicht innerhalb der Frist des § 66 Abs. 5 und 2 MarkenG einbezahlt wurde, gilt die Beschwerde als nicht eingelegt (§ 66 Abs. 5 S. 2 MarkenG). Wiedereinsetzung in die versäumte Einzahlungsfrist kann nicht gewährt werden, da die Anmelderin innerhalb der 2-Monatsfrist des § 91 Abs. 2 MarkenG nicht die eine Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen vorgetragen hat (§ 91 Abs. 3 MarkenG).

Das Einschreiben mit der Nr. 04 0650 7482 4 DE, das den angefochtenen (und den in der die Marke SystemCall betreffenden Parallelsache ergangenen) Beschluß enthielt, wurde am 23.03.2000 zur Post gegeben. Nach § 4 Abs. 1 VwZG gilt die Zustellung danach als am 3. Tag nach der Aufgabe zur Post bewirkt. Dem Empfänger steht aber nach dem Gesetz die Möglichkeit offen, diesen Zeitpunkt zu bestreiten, was vorliegend mit der Folge geschehen ist, daß Zugang und Zugangsdatum behördenseits nachzuweisen sind. Der Postnachforschungsauftrag hat ergeben, daß das Einschreiben entgegen dem Vortrag der Anmelderin und dem in ihrem Haus auf dem Schreiben angebrachten Eingangsstempel nicht erst am 31. März 2000, sondern bereits am 24. März 2000 ausgeliefert worden ist. Der 24. März ist zwar hier nicht das maßgebliche Zustellungsdatum, weil die Vermutung des § 4 Abs. 1 VwZG nicht zu Ungunsten des Betroffenen widerlegt werden darf. Der Nachweis einer vor dem 31. März 2000 erfolgten Zustellung ist aber durch den Auslieferungsbeleg der Post erbracht. Damit verbleibt es bei der Zustellung des Beschlusses am 3. Kalendertag nach der Aufgabe zur Post am 27. März 2000. Die Gebührenzahlung am 2. Mai 2000 erfolgte demzufolge verspätet.

Die beantragte Wiedereinsetzung kann nicht gewährt werden, da der Antrag nicht den Voraussetzungen des § 91 Abs. 3 MarkenG entspricht. Die Antragstellerin hat nicht in ausreichendem Maße die Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ergibt, daß sie an der Einhaltung der Zahlungsfrist ohne Verschulden gehindert war. Hierzu hätte sie darlegen müssen, inwiefern sie ihre Poststelle ordnungsgemäß organisiert hat, insbesondere wie die Auswahl des Personals getroffen wurde, wie dessen Unterweisung und Überwachung erfolgte, sowie woraus sich die bisherige Zuverlässigkeit ergeben hat. Summarische Behauptungen genügen insoweit nicht (Schulte PatG 5. Aufl. Rn 31 zu § 123 mwN), insbesondere da hier gegen die Zuverlässigkeit im erheblichen Maße spricht, daß das Anschreiben zum Beschluß mit einem offensichtlich unrichtigen Eingangsstempel mit Datum 31. März 2000 versehen wurde. Vor diesem Hintergrund war es nicht mehr erforderlich, die Antragstellerin aufzufordern, ihren bisherigen Vortrag gem. § 91 Abs. 3 S. 2 MarkenG noch glaubhaft zu machen.

Meinhardt

Baumgärtner

Pagenberg

CI