

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen:	27 W (pat) 37/06
Entscheidungsdatum:	21. Mai 2007
Rechtsbeschwerde zugelassen:	nein
Normen:	§ 8 Abs. 1 Satz 1 VwZG a. F. (= § 7 Abs. 1 Satz 1 VwZG n. F.)

Zustellung an Verfahrensbevollmächtigten des Insolvenzverwalters

1. Hat ein Verfahrensbevollmächtigter eine schriftliche Vollmacht nicht vorgelegt, hat die Markenstelle nach der Hausverfügung Nr. 10 des Präsidenten des Deutschen Patent- und Markenamts ihre Entscheidungen trotzdem in jedem Fall diesem und nicht dem Beteiligten zuzustellen (Anschluss an BGH GRUR 1991, 814).
2. Wurde eine Entscheidung entgegen zwingenden Zustellungsvorschriften nicht dem Verfahrensbevollmächtigten eines Beteiligten zugestellt, tritt eine Heilung des Zustellungsmangels erst mit positiver Kenntnisnahme des Verfahrensbevollmächtigten ein; auf den Zeitpunkt der Zustellung an den Beteiligten kommt es demgegenüber nicht an.
3. Ist der frühere Verfahrensbevollmächtigte eines Markeninhabers, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und in Kenntnis desselben weiter tätig geworden, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass er nunmehr vom Insolvenzverwalter mit deren Vertretung beauftragt wurde, es sei denn, eine solche Beauftragung ist aufgrund der konkreten Umstände auszuschließen oder stellt sich nachträglich als nicht gegeben heraus; ggf. ist die Markenstelle hierüber zur Aufklärung verpflichtet.



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 37/06

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
21. Mai 2007

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 395 29 321

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 16. Januar 2007 durch ...

beschlossen:

1. Der Beschluss der Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 11. Januar 2006 wird aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Entscheidung der Markenstelle über die Erinnerung des Inhabers der angegriffenen Marke gegen den Beschluss vom 1. Februar 2005 zurückverwiesen.

Gründe

I.

Die Widersprechende hat gegen die am 24. Juni 1999 zugunsten der Gemeinschuldnerin veröffentlichte Eintragung der am 18. Juli 1995 angemeldeten, für

"Elektrotechnische und elektronische Geräte und Instrumente (soweit in Klasse 9 enthalten) sowie deren Teile, Datenverarbeitungsgeräte und Computer sowie deren Teile und dazugehöriger Peripheriegeräte (soweit in Klasse 9 enthalten), Geräte zur Aufzeichnung, Umwandlung, Übertragung, Verarbeitung und Wiedergabe

von Daten, Telekommunikationsgeräte, deren Teile, Baugruppen und Komponenten, Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild; mit Daten versehene Datenträger; Druckereierzeugnisse, Handbücher, Zeitschriften, Lehrbücher; Zusammenstellung, Aufstellung, Wartung und Reparatur von Datenverarbeitungsgeräten und Computeranlagen, Erstellung und Wartung von Computerprogrammen; Planung, Zusammenstellung, Aufstellung, Wartung und Reparatur von Telekommunikationsgeräten und -anlagen; technische Beratung und Schulungen auf dem Gebiet der Telekommunikation, Computer- und Datenverarbeitung"

geschützten Marke Nr. 395 29 321

COMTECH

Widerspruch eingelegt aus ihrer am 11. Februar 1984 angemeldeten und seit 17. Dezember 1991 für

"Geräte für die Fernübertragung und die zugehörige Verarbeitung von Daten, elektronische Überwachungs- und Regelgeräte, auf Datenträger aufgezeichnete Computerprogramme; Erstellen von Computerprogrammen und von Systemanalysen"

eingetragenen Marke Nr. 1 182 956

comtes.

Über das Vermögen der Gemeinschuldnerin, für welche sich die Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers bestellt hatten, wurde am 1. Mai 2003 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beschwerdeführer als Insolvenzverwalter be-

stellt. Der Beschwerdeführer hat mit Schreiben vom 14. und 30. Juli 2003 seine Verwaltungstätigkeit gegenüber der Markenstelle angezeigt und im Anschluss hieran die früheren Verfahrensbevollmächtigten der Gemeinschuldner mit seiner weiteren Vertretung im Widerspruchsverfahren beauftragt; letzteres war allerdings von den Verfahrensbevollmächtigten gegenüber der Markenstelle nicht ausdrücklich mitgeteilt worden, sie haben aber mit Schreiben vom 24. September 2003, 17. Dezember 2003, 22. März 2004, 24. Juni 2004, 22. September 2004, 20. Dezember 2004 mehrfach um Fristverlängerung zur Stellungnahme zum Widerspruch gebeten. Auf dem Antrag vom 22. März 2004 findet sich in der Akte eine Verfügung vom 29. März 2004, mit der diesem ausdrücklich entsprochen werden sollte; die Verfügung wurde aber nicht ausgeführt, wie sich der fehlenden Abschrift eines entsprechenden Schreibens der Markenstelle an die Verfahrensbevollmächtigten und einem mit dem Namenskürzel "He" gekennzeichneten Aktenvermerk vom 30. März 2004 entnehmen lässt, der wie folgt lautet: "Markeninhaber in Insolvenz! Vollmacht ist erloschen." Dem Antrag vom 22. September 2004 wurde ausdrücklich stattgegeben, und auf den Antrag vom 20. Dezember 2004 wurde den Verfahrensbevollmächtigten mitgeteilt, dass keine weiteren Fristen mehr gewährt würden und mit einem Beschluss Mitte Januar 2005 zu rechnen sei. Den übrigen Gesuchen wurde jeweils stillschweigend ohne ausdrückliche Nachricht an die Verfahrensbevollmächtigten entsprochen.

Mit Beschluss vom 1. Februar 2005 hat die Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamtes durch einen Beamten des gehobenen Dienstes die Löschung der angegriffenen Marke aufgrund des Widerspruchs der Beschwerdegegnerin angeordnet, weil zwischen den gegenüberstehenden Marken infolge hochgradiger Warenähnlichkeit, normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und einer "beachtlichen" schriftbildlichen Markenähnlichkeit eine "ernsthafte" Verwechslungsgefahr bestehe.

Der Beschluss wurde dem Beschwerdeführer mit Empfangsbekanntnis am 28. Februar 2005 zugestellt. Die angegriffene Marke war vom Beschwerdeführer bereits am 23. Januar 2004 an einen Dritten veräußert worden, welcher sie wiederum am 14. April 2004 weiterveräußerte. Beide Veräußerungen wurden seitens der Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers mit Schriftsatz vom 14. April 2005 mit der Bitte um Umschreibung der Markenstelle mitgeteilt.

Mit am selben Tag bei der Markenstelle eingegangenem Schriftsatz vom 2. Juni 2005 haben die Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers in dessen Namen gegen den Beschluss vom 1. Februar 2005 Erinnerung eingelegt und hilfsweise beantragt, dem Beschwerdeführer Wiedereinsetzung in die Frist zur Einlegung der Erinnerung zu gewähren. Die Erinnerung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Zustellung des Beschlusses unmittelbar an den Beschwerdeführer wegen Verstoßes gegen § 8 VwZG i. V. m. der Hausverfügung Nr. 10 des Präsidenten des Deutschen Patent- und Markenamtes unwirksam gewesen sei; vielmehr hätte er den von ihm beauftragten Verfahrensbevollmächtigten zugestellt werden müssen. Der Beschluss sei den Verfahrensbevollmächtigten vom Beschwerdeführer erst am 3. Mai 2005 per Telefax übermittelt worden, so dass die Einlegung der Erinnerung am 3. Juni 2005 fristgerecht sei. Der Hilfsantrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde damit begründet, die Sekretärin des Beschwerdeführers, die bislang zuverlässig und fehlerfrei gearbeitet habe, sei wegen der Veräußerung der Marke und der erfolgten Vertreterbestellung davon ausgegangen, dass die Zustellung des Beschlusses nur zur Kenntnisnahme erfolgt sei und habe diesen daher ohne jede Fristnotierung und Vorlage an den Beschwerdeführer in die Akte eingehaftet; eine eidesstattliche Versicherung hierüber war lediglich angekündigt, aber nicht vorgelegt worden.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 11. Januar 2006 hat die Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamtes durch eine Beamtin des höheren Dienstes die Erinnerung des Beschwerdeführers wegen Verfristung als unzulässig verworfen und den (Hilfs-) Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen

Stand zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt: Die Erinnerung sei verfristet, weil sie nicht binnen eines Monats nach Zustellung des Beschlusses eingelegt worden sei. Die Zustellung unmittelbar an den Beschwerdeführer sei dabei wirksam. Nach § 117 InsO sei nämlich die Vollmacht, welche die Gemeinschuldnerin zugunsten seiner Verfahrensbevollmächtigten erteilt habe, erloschen. Die Vollmacht habe auch nicht daneben weiterbestanden oder sei durch einen Duldungstatbestand neu entstanden; denn weder läge ein Ausnahmetatbestand des § 117 InsO vor, noch könnten die mehrfache Gewährung einer Fristverlängerung eine Duldungsvollmacht begründen; für letzteres habe auch kein Anlass bestanden, weil abgesehen davon, dass der Insolvenzverwalter selbst eine neue Vollmacht erteilte - wofür aber vor Zustellung des Beschlusses die Akte keine Hinweise enthalten habe - die Gemeinschuldnerin durch den Insolvenzverwalter und die bisherigen Verfahrensbevollmächtigten durch § 117 Abs. 3 InsO geschützt gewesen seien. Da die Zustellung an den Insolvenzverwalter am 28. Februar 2005 wirksam gewesen sei, sei die erst lange nach Ablauf der Monatsfrist eingelegte Erinnerung somit verfristet. Der Hilfsantrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei zurückzuweisen, weil die Versäumung der Erinnerungsfrist nicht unverschuldet sei, denn die Übertragung der vorgetragenen Aktivitäten auf die Sekretärin des Beschwerdeführers stellten keine einfachen Tätigkeiten dar, welche auf Bürokräfte hätte übertragen werden dürfen; darüber hinaus mangle es auch an einer Glaubhaftmachung der vorgetragenen Tatsachen, die nicht nur angekündigt werden dürfe, sondern unverzüglich vorzulegen sei.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Beschwerdeführers. Er ist weiter der Ansicht, dass die Erinnerung fristgerecht eingelegt worden und auch begründet sei. Auf jeden Fall sei dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu entsprechen, zu dessen Glaubhaftmachung er eine eidesstattliche Versicherung seiner Sekretärin A... vorgelegt habe, deren Ansicht, der Beschluss sei lediglich zur Kenntnisnahme übersandt, begründe keinen Organisationsmangel.

Der Beschwerdeführer beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben.

Die Beschwerdegegnerin hat keinen Antrag gestellt und sich auch nicht zur Beschwerde geäußert.

An der mündlichen Verhandlung haben beide Beteiligte entsprechend ihrer vorherigen Ankündigung nicht teilgenommen.

II.

A. Die zulässige Beschwerde führt zu einem vorläufigen Erfolg. Da entgegen der im angefochtenen Beschluss zum Ausdruck gebrachten Ansicht der Markenstelle die Erinnerung nicht mangels Einhaltung der Erinnerungsfrist unzulässig war, ist der Beschluss der Markenstelle aufzuheben und, da die Markenstelle - aus ihrer Sicht folgerichtig - über die Erinnerung im Übrigen nicht entschieden hat, die Sache zur erneuten Entscheidung nach § 70 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG an die Markenstelle zurückzuverweisen.

1. Entgegen der Ansicht der Markenstelle war die Erinnerung des Beschwerdeführers vom 3. Juni 2005 gegen den Beschluss vom 1. Februar 2005 nicht wegen Versäumung der Erinnerungsfrist von einem Monat nach § 64 Abs. 1 und 2 MarkenG unzulässig; denn da der mit der Erinnerung angefochtene Beschluss erst mit Kenntnisnahme durch die Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers am 3. Mai 2005 wirksam zugestellt wurde, ist die Erinnerung noch fristgerecht. Die entgegenstehende Auffassung der Markenstelle, die Zustellung des Beschlusses sei bereits am 28. Februar 2005 mit dem Zugang beim Beschwerdeführer wirksam erfolgt, erweist sich demgegenüber als nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Infolge der am 1. Mai 2003 eröffneten Insolvenz über das Vermögen der Gemeinschuldnerin, die bis dahin Inhaberin der angegriffenen Marke war, ist der Beschwerdeführer nach § 80 Abs. 1 InsO als Partei kraft Amtes im Wege gesetzlichen Beteiligtenwechsels Verfahrensbeteiligter geworden, wobei entgegen einem in der Amtsakte befindlichen Vermerk das Widerspruchsverfahren durch die Insolvenzeröffnung nicht analog § 240 ZPO unterbrochen wurde (allg. M., vgl. Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 85 Rn. 30; Schumacher in: Münchener Kommentar Insolvenzordnung, vor §§ 85 bis 87 Rn. 51; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl. 2003, § 32 Rn. 97 hinsichtlich des Anmeldeverfahrens; BPatG 27 W (pat) 70/04 - City-Boy, veröffentlicht auf der PAVIS CD-ROM a. A. BPatG 10 W (pat) 13/05 - Sägeblatt; diese Entscheidung ist mit Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbar, vgl. auch BVerfG GRUR 2003, 723, wonach Vorschriften über das gerichtliche Verfahren nur in den ausdrücklich gesetzlich bestimmten Fällen im Amtsverfahren anwendbar sind). Infolge dieses gesetzlichen Beteiligtenwechsels schied eine Zustellung an die Gemeinschuldnerin oder an deren Verfahrensbevollmächtigten, deren Vollmacht nach § 117 Abs. 1 InsO - wie die Markenstelle zutreffend ausgeführt hat und dem auch der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt entgegengetreten ist - erloschen war, von vornherein aus; vielmehr war der Beschluss vom 1. Februar 2005 grundsätzlich an den Beschwerdeführer zuzustellen.

b) Eine Zustellung an seine Verfahrensbevollmächtigten statt an ihn ergab sich allerdings nicht schon aus § 94 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 2 VwZG in der Anfang 2005 geltenden Fassung (der mit dem seit 1. Februar 2006 geltenden § 7 Abs. 1 Satz 2 VwZG identisch ist), demzufolge Zustellungen zwingend (vgl. Sadler, VwVG, VwZG, 6. Aufl. 2006, § 7 Rn. 14; Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG, VwZG, 7. Aufl. 2006, § 7 Rn. 6) an den Vertreter zu richten sind, sofern er eine schriftliche Vollmacht vorgelegt hat.

aa) Wie der Beschwerdeführer vorgetragen und dies auch gegenüber seinen Verfahrensbevollmächtigten mit Schreiben vom 27. Mai 2005 (Bl. 178 VA) bestätigt hat, hatte er seine Verfahrensbevollmächtigten bereits nach Insolvenzeröffnung

mit der weiteren Wahrnehmung der Rechte aus der angegriffenen Marke beauftragt. Da die Bevollmächtigung weder von der Beschwerdegegnerin bestritten wurde noch sonstige Anhaltspunkte ersichtlich sind, die geeignet wären, die Bevollmächtigung der Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers durch diesen in Zweifel zu ziehen, ist von der Richtigkeit der Behauptung des Beschwerdeführers auszugehen. Da der Beschwerdeführer seine Verfahrensbevollmächtigten somit mit der weiteren Wahrnehmung der Vertretung beauftragt hatte (§§ 164, 167, 675, 611 BGB), kommt es auf die von der Markenstelle aufgeworfene Frage, ob vorliegend die Grundsätze einer Duldungsvollmacht - oder richtiger: einer Anscheinsvollmacht - anzuwenden sind, nicht an.

bb) Eine zwingende Zustellung an die Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers nach § 94 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 2 VwZG a. F. war aber deshalb entbehrlich, weil eine schriftliche Vollmacht des Beschwerdeführers, die nach dieser Vorschrift unabdingbar ist, bislang nicht vorgelegt wurde.

c) Allerdings war die Markenstelle stattdessen nach § 94 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 VwZG a. F. (der mit dem seit 1. Februar 2006 geltenden § 7 Abs. 1 Satz 1 VwZG identisch ist) verpflichtet gewesen, den Beschluss vom 1. Februar 2005 den Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers zuzustellen.

aa) Zwar sieht die vorgenannte Vorschrift lediglich vor, dass Zustellungen an den Vertreter, der keine schriftliche Vollmacht vorgelegt hat, gerichtet werden können. Für den Bereich des Deutschen Patent- und Markenamtes hat jedoch dessen Präsident in Nr. 3.5.3 der Hausverfügung Nr. 10 (hier i. d. F. vom 12. August 2002) bestimmt, dass auch im Falle einer nicht vorgelegten schriftlichen Vollmacht stets an den Bevollmächtigten zuzustellen ist. Damit ist das nach § 94 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 VwZG a. F. bestehende Fakultativrecht der Markenstelle durch eine allgemeine Verwaltungsvorschrift in der Weise eingeschränkt, dass nur noch die Zustellung an den Bevollmächtigten den rechtlichen Vorgaben entspricht (vgl. BGH GRUR 1991, 814, 815 - Zustellungsadressat; Engelhardt/App/Schlatmann,

VwVG - VwZG, 7. Aufl. 2006, § 7 VwZG Rn. 5; i. E. ebenso Sadler, VwVG - VwZG, 6. Aufl. 2006, § 7 VwZG Rn. 6, nach dessen Auffassung mangels Auswahlermessens der Behörde auch bei Fehlen von Verwaltungsvorschriften stets nur an den Bevollmächtigten zugestellt werden darf). Auf die von der Markenstelle aufgeworfene Frage, ob § 117 InsO der Hausverfügung Nr. 10 vorgehe, kommt es also nicht an, weil es vorliegend nicht um die Frage einer Zustellung an den (früheren) Verfahrensbevollmächtigten der Gemeinschuldnerin - dessen Vollmacht nach § 117 Abs. 1 InsO erloschen ist, wobei in diesem Fall die Hausverfügung Nr. 10 mangels (Fort-) Bestehens einer Bevollmächtigung schon nach ihrem Wortlaut nicht anwendbar wäre, ohne dass sich die von der Markenstelle erörterte Frage eines "Verstoßes" gegen höherrangiges Recht überhaupt stellte -, sondern einer Zustellung an den Bevollmächtigten des Insolvenzverwalters als Verfahrensbeteiligten geht.

bb) Der Verpflichtung der Markenstelle, den (Erst-) Beschluss vom 1. Februar 2005 an die Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers nach § 94 Abs. 1, § 8 Abs. 1 Satz 1 VwZG a. F. i. V. m. Nr. 3.5.3 der Hausverfügung Nr. 10 des Präsidenten des Deutschen Patent- und Markenamtes zuzustellen, stand auch nicht eine fehlende Kenntnis der Markenstelle von der Bevollmächtigung entgegen (vgl. Sadler, VwVG - VwZG, 6. Aufl. 2006, § 7 VwZG Rn. 6a); denn obwohl die - mit den früheren Verfahrensbevollmächtigten der Gemeinschuldnerin identischen - Bevollmächtigten des Beschwerdeführers dessen Vertretung nicht ausdrücklich angezeigt hatten, musste die Markenstelle nach dem Verfahrensverlauf davon ausgehen, dass die im Widerspruchsverfahren weiter tätig gewordenen Rechtsanwälte nunmehr vom Beschwerdeführer mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt waren. Der Markenstelle war das Erlöschen der Vollmacht der früheren Bevollmächtigten der Gemeinschuldnerin infolge der Insolvenzeröffnung bekannt, wie sich aus dem Vermerk vom 30. März 2004 (Bl. 121 VA) ergibt. Da die Kenntnis dieser Rechtsfolge bei einem anwaltlichen Vertreter zu unterstellen ist und Anhaltspunkte dafür, dass die Insolvenzeröffnung den früheren Bevollmächtigten der Gemeinschuldnerin unbekannt geblieben ist, nicht erkennbar waren,

konnte die Markenstelle die zahlreichen weiteren Fristverlängerungsgesuche der Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers kaum so verstehen, dass diese irrtümlich noch weiter allein für die Gemeinschuldnerin tätig werden wollten. Vielmehr lag es nahe, diese Gesuche als Anträge des in das Verfahren eingetretenen Insolvenzverwalters aufzufassen, der nunmehr die früheren Bevollmächtigten der Gemeinschuldnerin beauftragt hatte. Andernfalls wäre auch kaum verständlich, warum die Markenstelle - was dann allerdings nahe gelegen hätte - nicht nur davon abgesehen hat, die antragstellenden Rechtsanwälte auf das Erlöschen der Vollmacht der Gemeinschuldnerin hinzuweisen, sondern den Fristverlängerungsgesuchen sogar noch ausdrücklich entsprochen hat. Gerade letzteres konnten wiederum die Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers, die von diesem ja tatsächlich mit der Fortführung des Widerspruchsverfahrens beauftragt worden waren, auch nur in der Weise auffassen, dass der Markenstelle ihre Tätigkeit für den Beschwerdeführer bekannt ist.

cc) Da der Beschluss der Markenstelle vom 1. Februar 2005 somit den Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers zuzustellen war, begann die Erinnerungsfrist des § 64 Abs. 1 und 2 MarkenG mit der unmittelbaren Zustellung an den Beschwerdeführer am 28. Februar 2005 nicht zu laufen (vgl. Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG - VwZG, 7. Aufl. 2006, § 7 VwZG Rn. 6 und 7 m. w. N.).

d) Die Unwirksamkeit der Zustellung vom 28. Februar 2005 ist nach § 94 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 9 VwZG a. F. erst mit der am 3. Mai 2005 erfolgten Kenntnisnahme des Beschlusses vom 1. Februar 2005 durch die Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers geheilt worden, so dass eine wirksame Zustellung erst mit dem 3. Mai 2005 vorlag. Die Zustellung des Beschlusses an den Beschwerdeführer konnte die Heilungswirkung des § 9 VwZG a. F. nicht herbeiführen, weil es hierfür allein auf die Kenntnisnahme dessen ankommt, an den nach dem Gesetz die Zustellung zu richten war (vgl. Sadler, VwVG - VwZG, 6. Aufl. 2006, § 8 VwZG Rn. 5 m. w. N.; Engelhardt/App/Schlatmann, VwVG - VwZG, 7. Aufl. 2006, § 8

VwZG Rn. 3); da eine Zustellung aber vorliegend nach den obigen Ausführungen allein an die Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers erfolgen konnte, hängt eine Heilung der fehlerhaften Zustellung nur von deren tatsächlicher Kenntnisnahme ab. Nach den Darlegungen des Beschwerdeführers haben seine Verfahrensbevollmächtigten von dem angefochtenen Beschluss aber erstmals mit Telefax vom 3. Mai 2005 erfahren; Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser Behauptung sind nicht ersichtlich, so dass von einem tatsächlichen Zugang des Beschlusses bei den Zustellungsempfängern, an welche die Zustellung nach dem Gesetz zu richten war, erst am 3. Mai 2005 auszugehen ist.

e) Da eine wirksame Zustellung des Beschlusses vom 1. Februar 2005 somit erst am 3. Mai 2005 erfolgte, war die gegen ihn eingelegte Erinnerung des Beschwerdeführers, welche der Markenstelle am 3. Juni 2005 mit Telefax zugegangen ist, nach § 64 Abs. 1 und 2 MarkenG (noch) fristgerecht. Auf die Frage, ob dem Beschwerdeführer wegen Versäumung der Erinnerungsfrist auf seinen Hilfsantrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren gewesen wäre, kommt es somit nicht (mehr) an, wobei die Ausführungen der Markenstelle hierzu im Erinnerungsbeschluss vom 11. Januar 2006 aber offensichtlich der Sach- und Rechtslage entsprachen.

2. Da die Annahme der Markenstelle, die Erinnerung des Beschwerdeführers gegen den Erstbeschluss vom 1. Februar 2005 sei unzulässig, sich somit als rechtsfehlerhaft erweist, war der Beschluss vom 11. Januar 2006 aufzuheben.

3. Der Senat hat davon abgesehen, in der Sache selbst zu entscheiden, weil die Markenstelle im Erinnerungsverfahren - aus ihrer Sicht folgerichtig - bislang von einer Prüfung der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sowie der Begründetheit der Erinnerung abgesehen hat. Aus diesem Grund war die Sache nach § 70 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückzuverweisen, welches sich in dem nunmehr erneut eröffneten Erinnerungsverfahren vor allem mit der Frage wird auseinandersetzen müssen, aus welchem Grund die ge-

genüberstehenden eher kurzen Marken noch eine kollisionsbegründende Ähnlichkeit insbesondere - wie der angefochtene Beschluss vom 1. Februar 2005 noch angenommen hat - in schriftbildlicher Hinsicht aufweisen.

B. Da Gründe für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen nach § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich sind, hat es dabei zu verbleiben, dass beide Beteiligte ihre jeweiligen außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen haben (§ 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG).

gez.

Unterschriften