



# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 24/02

---

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 399 05 458**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 1. September 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Albert sowie des Richters Reker und der Richterin Eder

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Markeninhabers wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 28. Dezember 2001 aufgehoben.

Die Sache wird an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückverwiesen.

Die Beschwerdegebühr ist zurückzuzahlen.

**Gründe**

**I**

Gegen die Eintragung der Marke 399 05 458



für die Ware „Spirituose“ ist Widerspruch erhoben worden aus der für die Waren „Likör, Schnaps, Weinbrand“ eingetragenen älteren Marke 399 12 441

### **SCHÄNGEL .**

Die Markenstelle hat mit zwei Beschlüssen wegen des Widerspruchs die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet. Zur Begründung hat sie ausgeführt, zwischen den beiderseitigen Marken bestehe angesichts der Identität der Waren und der normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke die Gefahr begrifflicher Verwechslungen. Der blickfangartig herausgestellten Bezeichnung „ET COWELENZER SCHÄNGELCHE“ komme angesichts des warenbeschreibenden Charakters der übrigen Wortelemente eine selbständig kennzeichnende Stellung innerhalb der angegriffenen Gesamtmarke zu. Diese Bezeichnung werde der Verkehr mit der Widerspruchsmarke begrifflich gleichsetzen, weil es sich bei dem „SCHÄNGEL“ um eine typische Koblenzer Figur handele, deren Verkleinerungsform mundartlich „SCHÄNGELCHE“ laute, und weil „ET COWELENZER“ nur in gleicher Mundart auf die Herkunft des „SCHÄNGEL(CHE)“ hinweise.

Hiergegen wendet sich der Markeninhaber mit der Beschwerde. Er macht geltend, die Markenstelle habe seine vom 11. Dezember 2001 datierende Erinnerungsbegründung bei der Absetzung des Erinnerungsbeschlusses vom 28. Dezember 2001 nicht berücksichtigt, obwohl diese bei der Beschlussfassung dem Amt längst vorgelegen haben müsse. Er bezieht sich zur Begründung der Beschwerde auf diese Erinnerungsbegründung und beantragt die Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse sowie die Rückzahlung der Beschwerdegebühr.

Die Widersprechenden haben sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert.

## II

Die zulässige Beschwerde des Markeninhabers ist begründet und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt unter gleichzeitiger Rückzahlung der Beschwerdegebühr.

Das Verfahren vor der Markenstelle leidet an einem erheblichen Mangel i.S.d. § 70 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG, weil diese die Erinnerungsbegründung vom 11. Dezember 2001, beim Deutschen Patent- und Markenamt ausweislich der Eingangsperforation am 12. Dezember 2001 eingegangen, nicht berücksichtigt hat, obwohl wie am 28. Dezember 2001 – mehr als zwei Wochen nach Eingang – der Markenstelle hätte vorliegen müssen.

Wenn auch nach fruchtlosem Ablauf der einem Verfahrensbeteiligten gesetzten Frist (hier: 10. September 2001) alsbald eine Sachentscheidung getroffen werden kann, müssen gleichwohl verspätet eingereichte Eingaben bei der Beschlussfassung noch berücksichtigt werden, sofern sie vor Herausgabe des Beschlusses an die Postabfertigungsstelle des Amtes eingegangen sind. Entscheidend ist hierbei der Zeitpunkt des Eingangs beim Amt. Ob die jeweils zuständige Markenstelle die Eingabe noch rechtzeitig erhalten hat, ist dagegen unerheblich, weil Verzögerungen des behördeninternen Postlaufs nicht zu Lasten der Beteiligten gehen dürfen (BPatG PAVIS ROMA 28 W (pat) 236/00 - VOGUE). Die Nichtberücksichtigung einer rechtzeitig vor Absendung des Beschlusses eingegangenen Stellungnahme eines Verfahrensbeteiligten stellt eine Versagung des rechtlichen Gehörs dar. Deshalb konnte der mit der Beschwerde angegriffene, unter Außerachtlassung des Schriftsatzes des Markeninhabers ergangene Beschluss der Markenstelle keinen Bestand haben.

Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr gemäß § 71 Abs. 3 MarkenG ist geboten, weil es angesichts des Verfahrensfehlers der Markenstelle unbillig wäre, diese Gebühr einzubehalten.

Gründe dafür, einem der Verfahrensbeteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens gemäß § 71 Abs. 1 S. 1 MarkenG aufzuerlegen, liegen nicht vor.

Albert

Eder

Reker

Fa