



# BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 258/09

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 30 2008 062 334.9**

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 14. März 2011 durch Vorsitzenden Richter Dr. Albrecht, Richter Kruppa und Richterin am Landgericht Werner

beschlossen:

1. Die Erinnerung gegen den Beschluss der Rechtspflegerin des Bundespatentgerichts vom 17. Januar 2011 wird zurückgewiesen.
2. Der Wiedereinsetzungsantrag wird als unzulässig verworfen.

## **Gründe**

### **I**

Die Markenstelle für Klasse 24 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung der Wortmarke „FAHNENEXPRESS“ mit zwei Beschlüssen vom 26. Januar 2009 und vom 15. September 2009 wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung hat die Anmelderin Beschwerde eingelegt und gleichzeitig wegen der Kosten für das Beschwerdeverfahren einen Prozesskostenhilfeantrag gestellt. Der Senat hat den Prozesskostenhilfeantrag mit Beschluss vom 18. April 2010 zurückgewiesen, da die Beschwerde keine hinreichende Aussicht auf Erfolg biete.

Dieser Beschluss wurde der Anmelderin am 12. Juni 2010 um 11.50 Uhr per Postzustellungsurkunde zugestellt. Der Zusteller hat auf der bei den Akten befindlichen Postzustellungsurkunde vermerkt, er habe das Schriftstück in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten eingelegt, nachdem eine Übergabe des Schriftstücks in der Wohnung nicht möglich gewesen sei.

Die Rechtspflegerin des Senats hat die Anmelderin mit Schreiben vom 12. Oktober 2010 darauf hingewiesen, dass aufgrund der Nichtzahlung der Beschwerdegebühr festzustellen sein werde, dass die Beschwerde als nicht eingereicht gilt. Die Anmelderin hat daraufhin mit Telefax vom 17. Oktober 2010 vorgetragen, sie habe den Beschluss vom 18. April 2010 nicht erhalten. Am 18. Oktober 2010 hat sie die Beschwerdegebühr in Höhe von 200,-- € gezahlt. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2010 hat die Geschäftsstelle des Senats der Anmelderin eine Kopie des Beschlusses vom 18. April 2010 mit Zustellungsnachweis übersandt.

Die Rechtspflegerin des Senats hat mit am 29. Januar 2011 per Postzustellungs-urkunde zugestelltem Beschluss vom 17. Januar 2011 festgestellt, dass die Be-schwerde als nicht eingereicht gilt. Aufgrund der Zustellung des Beschlusses vom 18. April 2010 per Postzustellungsurkunde am 12. Juni 2010 hätte die Anmelderin die Beschwerdegebühr bis zum 12. August 2010 zahlen müssen. Die Zustellungs-urkunde sei eine öffentliche Urkunde im Sinn des § 415 ZPO mit entsprechender Beweiskraft. Der Gegenbeweis, dass die Zustellungsurkunde unrichtig sei, erfor-dere eine substantiierte Darlegung und einen Nachweis des Gegenteils. Die bloße Mitteilung der Anmelderin vom 17. Oktober 2010, den Beschluss nicht erhalten zu haben, entkräfte die Richtigkeit der Zustellungsurkunde nicht.

Die Anmelderin hat gegen diesen Beschluss vom 29. Januar 2011 mit Telefax vom 6. Februar 2011 Erinnerung eingelegt. Zur Begründung hat sie erneut vorge-tragen, der Beschluss vom 18. April 2010 sei ihr nicht zugegangen. Dies werde durch die Unterschriften ihres Ehemanns und ihres Sohnes, die Zugang zu dem Briefkasten hätten, an Eides Statt versichert. Der Hinweis des Gerichts im Schrei-ben vom 12. Oktober 2010 sei völlig überflüssig gewesen.

In dem mit Schreiben vom 19. Oktober 2010 übersandten Beschluss vom 18. April 2010 sei kein Hinweis darauf zu finden, dass die Gebühr in einer Frist zu zahlen sei. Zu diesem Hinweis wäre das Gericht aber verpflichtet gewesen, zumal sie nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten gewesen sei.

Hilfsweise beantragt sie nochmals Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

## II

Die gemäß § 23 Abs. 2 RpfIG zulässige Erinnerung hat in der Sache keinen Erfolg. Die Rechtspflegerin hat in ihrem Beschluss vom 17. Januar 2011 zu Recht festgestellt, dass die Beschwerde der Anmelderin gegen den Beschluss des Deut-

schen Patent- und Markenamts vom 15. September 2009 als nicht eingelegt gilt. Der hilfsweise gestellte Wiedereinsetzungsantrag ist als unzulässig zu verwerfen.

Durch die dem Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 15. September 2009 beigefügte Rechtsmittelbelehrung wurde die Anmelderin darauf hingewiesen, dass sie innerhalb der Beschwerdefrist von einem Monat nach Zustellung des Beschlusses die tarifmäßige Beschwerdegebühr zu entrichten hat. Dies hat die Anmelderin nicht getan, sondern einen Prozesskostenhilfeantrag gestellt.

Nachdem der Senat den Prozesskostenhilfeantrag mit dem am 12. Juni 2010 per Postzustellungsurkunde zugestellten Beschluss vom 18. April 2010 zurückgewiesen hatte, bestand für die Anmelderin die Möglichkeit, gemäß § 91 MarkenG Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr zu beantragen (ebenso BPatG, Beschluss vom 1. Dezember 2010, 28 W (pat) 36/10). Ohne Antrag hätte der Anmelderin Wiedereinsetzung gemäß § 91 Abs. 4 Satz 2 MarkenG gewährt werden können, wenn sie die versäumte Handlung innerhalb der Antragsfrist von zwei Monaten (§ 91 Abs. 2 MarkenG) nach Wegfall des Hindernisses nachgeholt hätte.

Die Zweimonatsfrist begann am 12. Juni 2010 mit der Zustellung des Senatsbeschlusses vom 18. April 2010, durch den der Prozesskostenhilfeantrag der Anmelderin zurückgewiesen worden ist. Die Anmelderin hätte die versäumte Handlung - die Zahlung der Beschwerdegebühr - bis zum 12. August 2010 vornehmen müssen. Dies hat sie jedoch erst am 18. Oktober 2010 und damit verspätet getan.

Die Anmelderin kann sich nicht erfolgreich darauf berufen, der Beschluss vom 18. April 2010 sei ihr nicht zugegangen. Dem steht die Postzustellungsurkunde der Deutschen Post AG entgegen, in der der Zusteller die Zustellung am 12. Juni 2010 um 11.50 Uhr vermerkt hat. Da eine Übergabe in der Wohnung nicht möglich gewesen sei, habe er den Beschluss vom 18. April 2010 in einen zur Wohnung gehörenden Briefkasten eingelegt.

Bei der Zustellungsurkunde handelt es sich um eine öffentliche Urkunde im Sinn des § 415 ZPO mit entsprechender Beweiskraft. Die bloße Behauptung der Anmelderin, den Beschluss nicht erhalten zu haben, entkräftet die Richtigkeit der Zustellungsurkunde nicht. Soweit sich die Anmelderin in ihrem Erinnerungsschriftsatz auf eine Eidesstattliche Versicherung ihres Sohnes und ihres Ehemanns beruft, genügen deren Unterschriften auf dem Erinnerungsschriftsatz nicht den Anforderungen an eine Eidesstattliche Versicherung.

Die Anmelderin kann sich zur Begründung ihrer Erinnerung auch nicht erfolgreich darauf stützen, der Beschluss vom 18. April 2010 enthalte keinen Hinweis, dass die Beschwerdegebühr in einer Frist zu zahlen sei. Dies war der Anmelderin bereits durch die dem Beschluss vom 15. September 2009 beigefügte Rechtsmittelbelehrung bekannt.

Der von der Anmelderin mit Schreiben vom 6. Februar 2011 gestellte Wiedereinsetzungsantrag ist als unzulässig zu verwerfen, da seit dem Wegfall des Hindernisses durch die Zustellung des Senatsbeschlusses am 12. Juni 2010 mehr als zwei Monate vergangen sind. Eine Versäumung der Zweimonatsfrist des § 91 Abs. 2 MarkenG macht den Antrag unzulässig (Ströbele/Hacker, a. a. O., § 91 Rn. 22).

Nachdem die Beschwerdegebühr somit nicht rechtzeitig gezahlt wurde und Wiedereinsetzung in die Zahlungsfrist nicht gewährt werden kann, ist die Rechtsfolge gemäß § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 2 PatKostG, dass die Anmeldung oder der Antrag als zurückgenommen oder die Handlung als nicht vor-

genommen gilt. Die entsprechende Feststellung der Rechtspflegerin in dem angefochtenen Beschluss entspricht der Rechtslage, da die Einlegung der Beschwerde als Handlung im Sinn von § 6 Abs. 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 PatKostG gilt.

Dr. Albrecht

Kruppa

Werner

Fa