

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen:	30 W (pat) 527/20
Entscheidungsdatum:	12. November 2020
Rechtsbeschwerde zugelassen:	nein
Normen:	MarkenG § 66 Abs. 2; RPfIG § 23 Abs. 2; DPMAV § 10 Abs. 1, § 11 Abs. 1

ALMWURZERL

Eine sogenannte „Rubrumsunterschrift“ nach österreichischem Gerichtsgebrauch stellt keine Unterschrift dar, kann aber im Einzelfall gleichwohl dem Schriftformerfordernis genügen, wenn sich unter Berücksichtigung aller Umstände ohne weitere Beweiserhebung zweifelsfrei feststellen lässt, dass die betreffende Erklärung (hier: Einlegung einer Beschwerde bzw. einer Erinnerung) von der Person stammt, die nach außen als ihr Urheber auftritt, und dass sie mit ihrem Willen in den Rechtsverkehr gebracht worden ist.



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 527/20

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die international registrierte Marke IR 1 304 902

hat der 30. Senat (Marken- und Design-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 12. November 2020 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richterin Akintche und des Richters Dr. Meiser

beschlossen:

1. Auf die Erinnerung der Markeninhaberin wird der Beschluss des Rechtspflegers des Bundespatentgerichts vom 30. April 2020 aufgehoben.

2. Auf die Beschwerde der Markeninhaberin wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 29 – Internationale Markenregistrierung – des Deutschen Patent- und Markenamts vom 17. Dezember 2019 aufgehoben, soweit darin der Marke IR 1 304 902 der Schutz in der Bundesrepublik Deutschland für die Waren und Dienstleistungen

“black pudding [blood sausage], liver, liver pâté, ham, slaughtering of animals”

verweigert worden ist.

3. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe:

I.

Um Schutz in der Bundesrepublik Deutschland wird nachgesucht für die am 8. März 2016 international registrierte Marke IR 1 304 902

ALMWURZERL

Das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis lautet:

“Klasse 29: Meat, fish, poultry, game, meat extracts, jellies, black pudding [blood sausage], edible fats, fish fillets, fish-based foodstuffs, fish tinned [canned (Am.)], bouillon concentrates, meat jellies, salted meats, meat tinned [canned (Am.)], herrings not live, lobsters not live, tripe, caviar, crayfish not live, crustacean not live, rennet, salmon not live, spiny lobsters not live, liver, liver pâté, mussels not live, anchovy, sardines not live, shellfish not live, ham, pork, lard, shrimps not live, bacon, tuna not live, clams not live, game not live, sausages, sausages in batter, charcuterie.

Klasse 40: Food preservation, food smoking, slaughtering of animals.”

Die mit einem Beamten des gehobenen Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 29 – Internationale Markenregistrierung – des Deutschen Patent- und Markenamts hat der Marke mit Beschluss vom 17. Dezember 2019 den Schutz in der Bundesrepublik Deutschland teilweise, und zwar für die folgenden Waren und Dienstleistungen:

“Klasse 29: Meat, poultry, game, meat extracts, jellies, black pudding [blood sausage], edible fats, meat jellies, salted meats, meat tinned [canned (Am.)], liver, liver pâté, ham, pork, lard, bacon, game not live, sausages, charcuterie.

Klasse 40: Food preservation, food smoking, slaughtering of animals.”

wegen eines Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG verweigert.

Zur Begründung ist ausgeführt, dem angesprochenen Verkehr seien nachweislich vergleichbar gebildete Bezeichnungen für Wurstsorten bekannt, wie beispielsweise „Almwurzerl, Almwurzn, Kaminwurzerl, Speckwurzerl, Gamswurzerl“. Das Markenwort weiche somit in keiner Hinsicht von den üblichen Bezeichnungsgewohnheiten des einschlägigen Produktsektors ab, sondern entspreche dem hier Üblichen und Bekannten. Im Übrigen werde auch der identische Begriff **ALMWURZERL** nachweislich bereits für Wurstprodukte verwendet. Das Markenwort stelle sich damit als bereits gebräuchliche Sachbezeichnung für eine bestimmte Wurstsorte bzw. Wurstspezialität dar.

Dieser Beschluss wurde am 18. Dezember 2019 zur Post aufgegeben und als Übergabeeinschreiben an die in Österreich ansässigen Verfahrensbevollmächtigten der IR-Markeninhaberin versandt. Ausweislich eines Ausdrucks des Sendestatus wurde das Übergabeeinschreiben am 27. Dezember 2019 zugestellt.

Mit Eingabe vom 23. Januar 2020 hat die IR-Markeninhaberin gegen „den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 17.12.2019 zur internationalen Registrierung IR 1 304 902, dem Vertreter der Einschreiterin zugestellt gemäß § 94 Abs. 1 Nr. 1 MarkenG i. V. m. § 184 Abs. 2 Satz 1 ZPO am 02.01.2020 (Postaufgabe am 18.12.2019)“, Beschwerde erhoben.

Diese Beschwerdeschrift, die dem Patentamt am 23. Januar 2020 „vorab per Fax“ und sodann im Original auf dem Postweg übersandt worden ist, schließt nicht mit einer Unterschrift ab. Der handschriftliche Namenszug des österreichischen Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin ist auf der ersten Seite des Schriftstückes, im „Rubrum“ rechts von der Bezeichnung des Verfahrensbevollmächtigten („vertreten durch...“), angebracht.

Zur Begründung der Beschwerde ist ausgeführt, das Markenwort **ALMWURZERL** sei nicht zur Beschreibung der beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen geeignet. Der inländische Durchschnittsverbraucher schließe von dem

Namen „Wurzerl“ nicht auf eine bestimmte Tiroler Wurstart. Das Wort „Wurzerl“ sei – anders als etwa der Begriff „Landjäger“ – lexikalisch nicht erfasst und werde auch im allgemeinen Sprachgebrauch nicht mit einem Tiroler Wort für luftgetrocknete Rohwürstchen in Collagendärmen assoziiert. In der Kombination mit dem vorangestellten „ALM-“ lasse sich jedenfalls keine beschreibende Aussage mehr ableiten. Es sei für den normal informierten, verständigen Durchschnittsverbraucher nicht erkennbar, worum es sich bei einem **ALMWURZERL** handeln solle.

Ergänzend sei darauf hinzuweisen, dass eine Basismarke bereits am 7. Juni 2005 beantragt und seit dem 2. August 2005 auch in Österreich, der Schweiz und Deutschland für zehn Jahre, also bis August 2015, registriert gewesen sei. Die Markeninhaberin habe sodann allerdings die Verlängerungsfrist verstreichen lassen und 2016 die neuerliche Registrierung der Wortmarke beantragt. Der Annahme der Markenstelle, wonach „Wurzerl“ für eine bestimmte Tiroler Wurstart stehe und der Gesamtbegriff **ALMWURZERL** eine Sachbezeichnung für eine Wurstsorte bzw. -spezialität darstelle, stehe bereits entgegen, dass die Marke in Österreich selbst beanstandungsfrei eingetragen worden sei.

Die Beschwerdegebühr in Höhe von 200 € ist am 31. Januar 2020 per Bankauftrag angewiesen worden und am 3. Februar 2020 auf dem Konto des Deutschen Patent- und Markenamts eingegangen.

Mit Anhörungsschreiben vom 23. März 2020 hat der zuständige Rechtspfleger des Bundespatentgerichts der IR-Markeninhaberin mitgeteilt, dass die tarifmäßige Gebühr erst am 3. Februar 2020 und „mithin nicht innerhalb der gesetzlichen Frist von 1 Monat nach der am 27. Dezember 2019 bewirkten Zustellung des angefochtenen Bescheides eingezahlt“ worden sei. Hierauf hat die IR-Markeninhaberin nicht reagiert.

Mit Beschluss vom 30. April 2020 hat der Rechtspfleger des Bundespatentgerichts festgestellt, dass die Beschwerde der IR-Markeninhaberin gemäß § 6 Abs. 2

PatKostG als nicht erhoben – eingelegt – gelte. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die tarifmäßige Beschwerdegebühr nicht gezahlt worden sei.

Hiergegen richtet sich die Erinnerung der Markeninhaberin mit Eingabe vom 2. Juni 2020. Sie macht geltend, dass die Beschwerdegebühr am 31. Januar 2020 auf das Konto der Bundeskasse Halle/DPMA überwiesen worden und dies auch dem Patentamt per Fax vom selben Tag mitgeteilt worden sei.

Auch diese Erinnerungsschrift, die dem BPatG am 2. Juni 2020 „vorab per Fax“ und sodann auf dem Postweg übersandt worden ist, schließt nicht mit einer Unterschrift ab, sondern enthält wiederum – wie schon die Beschwerdeschrift – auf der ersten Seite eine „Rubrumsunterschrift“ des österreichischen Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin.

Die Rechtspflegerin des Bundespatentgerichts hat der Erinnerung nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. In der Nichtabhilfe-Verfügung vom 4. Juni 2020 ist „ergänzend angemerkt“, der Beschluss vom 30. April 2020 beinhalte insoweit einen Fehler, als die Beschwerdegebühr tatsächlich gezahlt worden sei. Die Zahlung sei allerdings verspätet erfolgt, weshalb die Rechtsfolge des § 6 Abs. 2 PatKostG ebenso eintrete.

Die Markeninhaberin beantragt sinngemäß,

1. auf die Erinnerung den Beschluss des Rechtspflegers des Bundespatentgerichts vom 30. April 2020 aufzuheben;
2. auf die Beschwerde den Beschluss der Markenstelle für Klasse 29 – Internationale Markenregistrierung – des Deutschen Patent- und Markenamts vom 17. Dezember 2019 aufzuheben, soweit der Marke der Schutz in der Bundesrepublik Deutschland verweigert worden ist.

Der Senat hat der Markeninhaberin mit der Terminsladung vom 30. Juni 2020 Rechercheergebnisse zur inländischen Verwendung des Begriffs „Almwurzerl“ als Bezeichnung für eine Wurstsorte übersandt.

In der mündlichen Verhandlung vom 17. September 2020 hat der Senat die Markeninhaberin zudem darauf hingewiesen, dass sowohl die Erinnerungsschrift vom 2. Juni 2020 als auch die Beschwerdeschrift vom 23. Januar 2020 keine Unterschrift im Sinne des deutschen Verfahrensrechts, sondern lediglich eine sog. „Rubrumsunterschrift“ aufweisen. Auf Antrag der Markeninhaberin ist der Übergang ins schriftliche Verfahren beschlossen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Der Zulässigkeit von Erinnerung und Beschwerde steht vorliegend nicht entgegen, dass die bestimmenden Schriftsätze jeweils nicht mit einer Unterschrift abschließen, sondern lediglich eine sog. „Rubrumsunterschrift“ nach österreichischen Gepflogenheiten tragen (A.).

Auf die Erinnerung der Markeninhaberin war der Beschluss des Rechtspflegers vom 30. April 2020 aufzuheben, da die Voraussetzungen nach § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 2 PatKostG nicht vorlagen (B.).

Die zulässige Beschwerde hat lediglich im tenorierten Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet (C.).

A. Der Zulässigkeit von Erinnerung und Beschwerde steht es jeweils nicht entgegen, dass die Erinnerungsschrift vom 2. Juni 2020 sowie die Beschwerdeschrift vom 23. Januar 2020 nicht mit einer Unterschrift abschließen, sondern lediglich eine sog. Rubrumsunterschrift des österreichischen Verfahrensbevollmächtigten tragen.

1. Die Erinnerung nach § 23 Abs. 2 Satz 1 RPfIG muss, sofern sie nicht durch Erklärung zu Protokoll des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Bundespatentgerichts erhoben wird, "schriftlich" eingelegt werden (vgl. MüKo/ZPO-Hamdorf, 6. Aufl. 2020, Rn. 54 zu § 11 RpfIG). Für die Beschwerde gegen den Beschluss der Markenstelle ergibt sich das Schriftformerfordernis unmittelbar aus der Bestimmung des § 66 Abs. 2 MarkenG.

2. Das Erfordernis der "Schriftlichkeit" eines bestimmenden Schriftsatzes ist nach deutschem Verfahrensrecht nur gewahrt, wenn sich unter ihm die eigenhändige Unterschrift der Person befindet, die diesen Schriftsatz verantwortet (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl., § 66 Rdnr. 36 sowie § 42 Rdnr. 36 m. w. N.). Für die Beschwerdeschrift in Markenverfahren ergibt sich dies zudem aus §§ 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 DPMoV, wonach Originale von Anträgen und Eingaben unterschrieben einzureichen sind (vgl. BPatG, Beschluss vom 2. August 2018, 30 W (pat) 10/18 – fitmeals; Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl., § 66 Rdnr. 36 sowie § 42 Rdnr. 36).

3. Die „Unterschrift“ muss sich am Ende des Textes befinden, auf den sie sich bezieht (BGHZ 113, 48 = NJW 1991, 487; BGH NJW-RR 2004, 1364; Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 130 Rn. 13). Denn nur eine Unterschrift, die den zugehörigen Text räumlich abschließt, kann die ihr zukommende Funktion erfüllen, die Übernahme der Verantwortung für diesen Text durch den Unterzeichnenden zu dokumentieren (BGHZ 113, 48, 51). Da eine Unterschrift im Regelfall unter den fertigen

Text gesetzt wird, bietet nur ein an dieser Stelle angebrachter Namenszug, nicht aber eine dem Text vorausgehende "Oberschrift" die Gewähr für die Übereinstimmung des schriftlich Erklärten mit dem Willen des Ausstellers der Urkunde (BGHZ 113, 48, 51; BayVGH, Beschluss vom 22. März 2010, 11 CE 09.3150, juris; a. A. etwa Stadler, in Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 129 Rn. 9).

4. Bei in einem gerichtlichen Verfahren eingereichten bestimmenden Schriftsätzen muss die Unterschrift deshalb grundsätzlich unter den Erklärungen stehen, die zum notwendigen Inhalt eines solchen Schriftsatzes gehören (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Juni 2004, VI ZB 9/04 = MDR 2004, 1252, 1253; BFH, Urteil vom 29. Juli 1969, VII R 92/86 = JZ 1970, 254, 255). Zum notwendigen Inhalt einer schriftlich vorgenommenen Rechtsmitteleinlegung gehören die Bezeichnung der Entscheidung, gegen die sich der Rechtsmittelführer wendet, und die Erklärung, dass gegen sie Rechtsmittel eingelegt wird. Dieselben Grundsätze gelten für den Rechtsbehelf der Rechtspflegererinnerung nach § 23 Abs. 2 Satz 1 RPfIG, für den nach § 11 Abs. 2 Satz 7 RPfIG die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die sofortige Beschwerde anwendbar sind (vgl. MüKO/ZPO-Hamdorf, a. a. O., § 11 RPfIG Rn. 4). Vorliegend, in der Erinnerungsschrift vom 2. Juni 2020 sowie der Beschwerdeschrift 23. Januar 2020, folgen die notwendigen Angaben dem Namenszug des Verfahrensbevollmächtigten aber erst nach. Eine auf diese Weise vorgenommene Unterzeichnung bestimmender Schriftsätze genügt den Anforderungen des deutschen Prozessrechts grundsätzlich nicht (vgl. BayVGH, Beschluss vom 22. März 2010, 11 CE 09.3150, juris, m. w. N.).

5. Nach einem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 29. Juli 1969 soll dies ausdrücklich auch für den Fall gelten, dass eine derartige "Rubrumsunterschrift" in Österreich üblich ist und von den dortigen Gerichten anerkannt wird (BFH, a. a. O., JZ 1970, 254, 255, juris; vgl. ebenso OLG Frankfurt, Beschluss vom 22. November 2000, 20 W 458/19 = RIW 2001, 543; juris). Diese Ablehnung der österreichischen

Rubrumsunterschrift ist allerdings nicht unumstritten, Teile der Literatur kritisieren die vorgenannte Rechtsprechung (vgl. Vollkommer, JZ 1970, 256; Zöller/Greger, a. a. O., § 130 Rn. 13, „aus europarechtlicher Sicht bedenklich“; vgl. ferner Stadler, in Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 129 Rn. 9). Zudem wurde die „Rubrumsunterschrift nach österreichischer Gepflogenheit“ in einigen jüngeren Gerichtsentscheidungen unter Betonung verfassungsrechtlicher Vorgaben als im konkreten Einzelfall unschädlich (BayVGH, Beschluss vom 22. März 2010, 11 CE 09.3150, juris) oder generell im Hinblick auf die Formwirksamkeit des bestimmenden Schriftsatzes unbedenklich (vgl. AG Hannover NJ 2020, 121, juris) angesehen.

6. Im hiesigen Verfahren bedarf es keiner generellen Auseinandersetzung mit diesem Meinungsstreit. Denn die fehlende Unterzeichnung der beiden bestimmenden Schriftsätze (der Erinnerungs- und der Beschwerdeschrift) erweist sich jedenfalls vorliegend als unschädlich, da sich aus den bestimmenden Schriftsätzen vom 2. Juni 2020 und vom 23. Januar 2020 jeweils in zweifelsfreier Weise ergibt, dass sie von der Person stammen, die nach außen hin als ihr Urheber auftritt, und dass sie mit ihrem Willen in den Rechtsverkehr gebracht wurde, ohne dass darüber Beweis erhoben werden muss (vgl. zur Entbehrlichkeit einer Unterschrift in solchen Fällen BVerwGE 81, 32, 33; im Ergebnis ebenso BVerfG NJW 2002, 3534, 3535; siehe auch ausführlich BayVGH, Beschluss vom 22. März 2010, 11 CE 09.3150; juris).

a) Verfassungsrechtlich ist anerkannt, dass die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschriften den Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren dürfen. Die sich aus einem verfahrensrechtlichen Schriftformerfordernis ergebenden Zulässigkeitsanforderungen sind daher nicht zu überspannen. Fehlt eine handschriftliche Unterschrift, müssen die Gerichte ausgehend vom Zweck des Schriftformerfordernisses prüfen, ob in

dem Schriftstück selbst Anzeichen für ein bewusstes und gewolltes Inverkehrbringen und die Person des Erklärenden enthalten sind (vgl. BVerfG NJW 2002, 3534, 3535, juris Rn. 18 ff.). Nichts Anderes kann für den vorliegenden Fall einer österreichischen „Rubrumsunterschrift“ gelten (BayVGh, Beschluss vom 22. März 2010, 11 CE 09.3150, juris; AG Hannover NJ 2020, 121). Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang u. a., ob der Name des Absenders maschinenschriftlich auf dem fraglichen Dokument genannt wird, ob in ihm das Aktenzeichen der Entscheidung, auf das sich die Rechtsbehelfserklärung bezieht, oder andere Daten genannt werden, die in der Regel nur dem Betroffenen bekannt sind, ob das Schreiben ausdrücklich zur Fristwahrung als Fernkopie übersandt wird, und ob es kurz hintereinander zweimal bei Gericht eingeht (BVerfG NJW 2002, 3534, 3535). Rechts erheblich kann es unter diesem Blickwinkel ferner sein, wenn dem Gericht, an das der bestimmende Schriftsatz adressiert ist, aus einer Mehrzahl früherer Schreiben des gleichen Verfahrensbevollmächtigten Form und Inhalt der von ihm herrührenden schriftlichen Erklärungen bekannt sind (BVerwGE 81, 32, 38; BayVGh, a. a. O., 11 CE 09.3150, juris).

b) In Anwendung der dargelegten Grundsätze auf den vorliegenden Fall steht sowohl außer Frage, dass die Erinnerungs- und die Beschwerdeschrift jeweils von dem Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin stammen, als auch, dass sie keinen bloßen Entwurf darstellen, sondern jeweils mit dem Willen des Verfahrensbevollmächtigten an das DPMA (Beschwerdeschrift) bzw. das Bundespatentgericht (Erinnerungsschrift) gesandt wurden.

Denn die bestimmenden Schriftsätze vom 2. Juni 2020 sowie vom 23. Januar 2020 tragen nicht nur übereinstimmend den vorgedruckten Briefkopf der Kanzlei des Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin; sie enthalten darüber hinaus weitere, sich auf die Kanzlei beziehende Angaben. Ferner benennen sie jeweils die verfahrensgegenständliche IR-Marke IR 1 304 902 sowie die angefochtenen Beschlüsse (der Markenstelle bzw. des Rechtspflegers des BPatG) mit den jeweils zutreffenden Entscheidungsdaten.

Darauf, dass die Schriftsätze mit dem Willen ihres Urhebers in den Rechtsverkehr gelangt sind, deutet zum einen hin, dass sie dem Patentamt bzw. Bundespatentgericht jeweils zunächst als Fernkopie übermittelt wurden und dann noch einmal als Brief eingingen. Den Weg einer Vorabübersendung mittels Faxkopie wählt aber typischerweise, wer nicht nur gewährleisten will, dass ein Schriftstück seinen Empfänger überhaupt erreicht, sondern dass es dem Adressaten – wie bei fristgebundenen Rechtsmitteln erforderlich – bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zugeht (BayVGh, a. a. O., 11 CE 09.3150; juris). Dass der Verfahrensbevollmächtigte der Markeninhaberin mit der Übersendung der bestimmenden Schriftsätze jeweils eine Frist wahren wollte, verdeutlicht zum anderen der Umstand, dass die Faxschreiben den maschinenschriftlichen Vermerk "vorab per Telefax" tragen, an den sich die Fax-Nummer des DPMA bzw. des BPatG anschließt (vgl. BayVGh, a. a. O., 11 CE 09.3150; juris). Dass diese Fernkopien von der Kanzlei des Verfahrensbevollmächtigten übersandt wurden, wird zusätzlich durch den Umstand belegt, dass sie als Absenderangabe jeweils den Namen seiner Kanzlei nebst deren Fax-Nummer aufweisen. Schließlich konnte der Senat anhand der sowohl im Amtsverfahren wie auch im Beschwerdeverfahren insgesamt angefallenen Schriftsätze feststellen, dass die Praxis der Rubrumsunterschrift der ständigen Übung des Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin entspricht.

c) Daher ist es vorliegend, im konkreten Einzelfall, unschädlich, dass die Erinnerungsschrift und die Beschwerdeschrift nicht mit einer Unterschrift abschließen. Die fehlenden Unterschriften stehen weder der Zulässigkeit der Rechtspflegererinnerung nach § 23 Abs. 2 RPfIG, noch der Zulässigkeit der Beschwerde gegen den Beschluss der Markenstelle entgegen.

B. Die auch im Übrigen nach § 23 Abs. 2 RPfIG zulässige Erinnerung hat auch in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung des Rechtspflegerbeschlusses vom 30. April 2020.

Nach § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. Nr. 401 300 GebVerz zu § 2 Abs. 1 PatKostG ist für jede Beschwerde eine Beschwerdegebühr zu entrichten. Die Beschwerdegebühr wird gemäß § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 3 Abs. 1 PatKostG mit der Einlegung der Beschwerde fällig und ist nach § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 1 Satz 1 PatKostG innerhalb der Beschwerdefrist des § 66 Abs. 2 MarkenG zu zahlen (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 66 Rn. 43 mwN). Wird die Beschwerdegebühr nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig eingezahlt, gilt die Beschwerde gemäß § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 2 PatKostG als nicht eingelegt.

Vorliegend ist der zuständige Rechtspfleger mit Beschluss vom 30. April 2020 zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Beschwerdegebühr nicht eingezahlt worden sei. Vielmehr ist die Beschwerdegebühr nachweislich am 3. Februar 2020 auf dem Konto des Deutschen Patent- und Markenamts eingegangen.

Entgegen dem Anhörungsschreiben vom 23. März 2020 sowie der Nichtabhilfefreigabe vom 4. Juni 2020 wurde die Beschwerdegebühr auch innerhalb der einmonatigen Beschwerdefrist des § 66 Abs. 2 MarkenG gezahlt, so dass die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 PatKostG nicht vorlagen.

Für den Beginn der Beschwerdefrist gemäß § 66 Abs. 2 MarkenG kann vorliegend nicht auf den 27. Dezember 2019 (als Tag der tatsächlich bewirkten Zustellung) abgestellt werden; vielmehr wurde die Frist erst am 2. Januar 2020 in Lauf gesetzt. Denn die Markenstelle hat den im Beschwerdeverfahren angefochtenen Beschluss vom 17. Dezember 2019 am 18. Dezember 2019 zur Post aufgegeben und als Übergabeeinschreiben an die in Österreich ansässigen Verfahrensbevollmächtigten der IR-Markeninhaberin versandt. In der Sache handelt es sich dabei um eine (vereinfachte) Auslandszustellung mit eingeschriebenem Brief durch Aufgabe zur Post an den im Ausland ansässigen Inlandsvertreter nach § 94 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 i. V. m. § 96 Abs. 1 MarkenG.

Nach § 94 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 MarkenG kann seit dem 1. Oktober 2009 auch an Inlandsvertreter, die – wie hier – in einem anderen Mitgliedstaat der EU ansässig sind, mit eingeschriebenem Brief durch Aufgabe zur Post zugestellt werden (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 94 Rn. 29). In den Akten ist gemäß § 94 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 184 Abs. 2 Satz 4 ZPO zu vermerken, zu welcher Zeit und unter welcher Adresse die Aufgabe erfolgt ist. Vorliegend war dies der 18. Dezember 2019.

Liegen diese Voraussetzungen vor, führt § 94 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 MarkenG zur entsprechenden Anwendung der Zustellungsfiktion nach § 184 Abs. 2 Satz 1 ZPO, wonach die jeweiligen Schriftstücke zwei Wochen nach Aufgabe zur Post als zugestellt gelten. Anders als etwa bei der Auslandszustellung per Einschreiben mit Rückschein nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 VwZG ist daher kein tatsächlicher Nachweis der Zustellung erforderlich, vielmehr begründet § 184 Abs. 2 Satz 1 ZPO eine unwiderlegliche Vermutung des Zugangs (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl., § 184 Rn. 3). Demgegenüber ist es unerheblich, ob und ggf. wann die Sendung tatsächlich zu dem Empfänger gelangt (vgl. BGH NJW-RR 1996, 387, 388; Zöller/Schultzky, ZPO, 33. Aufl., § 184 Rn. 10).

In Anwendung der dargelegten Grundsätze trat die Fiktion der Zustellung entsprechend § 184 Abs. 2 Satz 1 ZPO vorliegend – ausgehend von der Postaufgabe am 18. Dezember 2019 und unter Berücksichtigung des Feiertags am 1. Januar 2020 – am Donnerstag den 2. Januar 2020 ein, so dass der mit der Beschwerde angegriffene Beschluss der Markenstelle als an diesem Tage zugestellt gilt. Auf einen abweichenden – ggf. früheren – tatsächlichen Zugang der Postsendung an die IR-Markeninhaberin kann dagegen nicht abgestellt werden.

Die Beschwerdefrist gemäß § 66 Abs. 2 MarkenG wurde daher am 2. Januar 2020 in Lauf gesetzt und endete am Montag, den 3. Februar 2020. Somit ist die Beschwerdegebühr noch rechtzeitig (am letzten Tag der Beschwerdefrist) eingezahlt worden.

C. Die somit zulässige Beschwerde hat in der Sache lediglich im tenorierten Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.

1. Die Markenstelle hat der verfahrensgegenständlichen IR-Marke in Bezug auf die folgenden beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen

“Klasse 29: Meat, poultry, game, meat extracts, jellies, edible fats, meat jellies, salted meats, meat tinned [canned (Am.)], pork, lard, bacon, game not live, sausages, charcuterie.

Klasse 40: Food preservation, food smoking.”

im Ergebnis zu Recht den Schutz in der Bundesrepublik Deutschland versagt (§§ 119, 124, 113, 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG i. V. m. Art. 5 PMMA, Art. 6 *quinquies* B Nr. 2 PVÜ). In diesem Umfang unterliegt die Wortmarke **ALMWURZERL** dem Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, denn es handelt sich um eine bloße Sortenbezeichnung (für eine bestimmte Wurstsorte), die für die o. g. Waren und Dienstleistungen zugunsten der Mitbewerber der Markeninhaberin freigehalten werden muss.

a) Gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge und der Bestimmung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Der Zweck dieser Vorschrift besteht vor allem darin, beschreibende Angaben oder Zeichen vom markenrechtlichen Schutz auszuschließen, weil ihre Monopolisierung einem berechtigten Bedürfnis der Allgemeinheit an ihrer ungehinderten Verwendbarkeit widerspricht, wobei bereits die potentielle Beeinträchtigung der wettbewerbsrechtlichen Grundfreiheiten ausreichen kann. Es genügt also, wenn das angemeldete Zeichen in Bezug auf die konkret beanspruchten Waren oder

Dienstleistungen als beschreibende Angabe geeignet ist (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 Nr. 30, 31 – Chiemsee; GRUR 2004, 674 Nr. 56 – Postkantoor). Für die Eignung als beschreibende Angabe ist auf das Verständnis des Handels und/oder des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der Waren als maßgebliche Verkehrskreise abzustellen (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 Nr. 29 – Chiemsee; GRUR 2006, 411 Nr. 24 – Matratzen Concord/Hukla).

b) Das Markenwort **ALMWURZERL** besteht nach diesen Maßstäben ausschließlich aus einer Angabe, die die Art, Beschaffenheit und Bestimmung der o. g. Waren und Dienstleistungen beschreibt. Die Mitbewerber der Anmelderin haben deshalb insoweit ein berechtigtes Interesse an der ungehinderten Verwendung dieser Angabe.

Die Markeninhaberin hat im Amtsverfahren selbst vorgetragen, dass es sich bei dem **ALMWURZERL** um „ein edelwürziges Rohwürstchen aus Schweinefleisch, welches mit Naturgewürzen vermennt und in Collagendärme gefüllt und nur luftgetrocknet und explizit nicht geräuchert ist“, handele (vgl. Seite 4 des Schriftsatzes vom 2. Mai 2018, unter Hinweis auf die damalige Internetseite der Markeninhaberin). Soweit sie aber meint, dass die Bezeichnung nicht zur Beschreibung geeignet sei bzw. vom angesprochenen Verkehr nicht beschreibend verstanden werde, dringt sie hiermit nicht durch.

Zwar ist das konkrete Markenwort lexikalisch nicht nachweisbar (anders als der Begriff „Kaminwurz“ als Bezeichnung für eine aus Südtirol stammende, kaltgeräucherte und luftgetrocknete Rohwurst, vgl. hierzu den entsprechenden Wikipedia-Eintrag). Der Begriff **ALMWURZERL** wurde aber bereits vor dem Prioritätszeitpunkt inländisch vielfach als Sortenbezeichnung (für eine Rohwurstsorte) und in einer Form verwendet, die keine produktkennzeichnende bzw. markenmäßige Funktion erkennen lässt.

Dies ergibt sich aus zahlreichen Fundstellen im Internet, die auch vor dem Prioritätszeitpunkt datieren und die der IR-Markeninhaberin in Ausdrucken zur Verfügung gestellt wurden. Nach diesen Rechercheergebnissen findet sich die Bezeichnung **ALMWURZERL** in einschlägigen Produktlisten verschiedener Hersteller, aber auch auf Verbraucherseiten als gängige Bezeichnung für eine Rohwurstsorte, die im Inland vertrieben wird, vgl. z. B. die Anlagen:

- „Wurst und Fleischwaren – fddb.info“, u.a. mit:

-- Produktliste der „Lidl-Qualitätsmarke“ DULANO (mit Edelsalami, Cabanossi etc. sowie „Almwurzerl luftgetrocknet“);

-- Fa. Alpenschmaus: „Almwurzerl, luftgetrocknet“;

-- Fa. Almtaler: „Almwurzerl, luftgetrocknet“;

-- Fa. Handl Tyrol: „Almwurzerl, mild“;

- www.wikifit.de: „Wurst – Alpenschmaus Almwurzerl, luftgetrocknet – Kalorien und Nährwerte“

- „www.discounto.de“: „Kaminwurzerl/Almwurzerl von Aldi Nord“, mit Abbildung eines Produkts der Fa. Arlberger, „Almwurzerl, luftgetrocknet“

- „www.discounto.de“: „SALAMIO Almwurzerl von Penny Markt“.

Ferner wird der Begriff „Almwurzerl“ auch von Verbrauchern in Internetforen verwendet (vgl. etwa die Fundstelle „April 2008 – abspeckblog“, Eintrag vom 29. April 2008, „(...) habe mir heute gegönnt: (...) 1 Almwurzerl“).

Damit wird der Begriff „Almwurzerl“ nachweislich im Inland als Bezeichnung für eine bestimmte Rohwurstsorte gebraucht. Die aufgeführten Fundstellen verdeutlichen, dass die beteiligten inländischen Verkehrskreise das Markenwort zur Beschreibung solcher Wurstwaren verwenden und benötigen. Da der Markeninhaberin diese Marktverhältnisse nicht unbekannt sein dürften, beansprucht sie letztlich Monopolrechte an einer im Geschäftsverkehr bereits gebräuchlichen Sortenbezeichnung (Bezeichnung einer Wurstsorte). Es muss aber jedem Hersteller solcher Waren unbenommen von Monopolrechten Dritter möglich sein, seine Waren als solche zu benennen, was markenregisterrechtlich die Feststellung eines Freihaltungsbedürfnisses im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG in sich trägt (vgl. u.a. BPatG 28 W (pat) 231/02 – BERGSALAMI; BPatG 28 W (pat) 531/10 – SCHINKENBEIßER; BPatG 28 W (pat) 272/00 – Farmerschinken; OLG-Düsseldorf, GRUR-RR 2009, 100 – Bierbeißer).

c) Dies gilt für alle o. g. Waren und Dienstleistungen. Soweit die Markeninhaberin in Klasse 29 unmittelbar Wurst und Wurstwaren („sausages, charcuterie“) beansprucht, beschreibt **ALMWURZERL** als Sortenbezeichnung die Art und Beschaffenheit dieser Waren.

Die weiteren Waren („meat, poultry, game, meat extracts, jellies, edible fats, meat jellies, salted meats, meat tinned [canned (Am.)], pork, lard, game not live“) können als Rohprodukte der Herstellung von **ALMWURZERL** dienen, wobei nach den Rechercheergebnissen „Wurzerl“ neben Fleisch z. B. auch aus Geflügel hergestellt werden können (vgl. die Anlage „www.genuss-magazin.eu/essen/2011(...)“, „Pute auf tirolerisch“, „Putenwurzerl“). Auch die Dienstleistungen „Food preservation, food smoking“ können auf die Herstellung von **ALMWURZERL** ausgerichtet sein, so dass sich das Markenwort auch insoweit in einer Bestimmungsangabe im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erschöpft.

d) Der weitere Vortrag der Markeninhaberin im Beschwerdeverfahren ist demgegenüber nicht geeignet, der Marke für die o. g. Waren und Dienstleistungen zur Schutzfähigkeit zu verhelfen.

Dass eine frühere Basismarke **ALMWURZERL** bereits am 7. Juni 2005 beantragt worden und ihr Schutz sodann seit dem 2. August 2005 bis August 2015, also für zehn Jahre, u. a. auch auf Deutschland erstreckt war, ist für die Beurteilung des Schutzhindernisses unerheblich. Denn der Beurteilung der Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 MarkenG ist das Verkehrsverständnis im Zeitpunkt der Anmeldung bzw. der Schutzerstreckung zugrunde zu legen. Zudem ist die Beurteilung der Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG unabhängig von der Person des Anmelders vorzunehmen. Daher ist es unerheblich, ob und inwieweit das Markenwort von der Markeninhaberin „erfunden“ und/oder in der Vergangenheit benutzt worden ist (vgl. BGH GRUR 2009, 411 – Streetball; Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 404, 405).

Die IR-Markeninhaberin kann sich zur Ausräumung des Schutzhindernisses schließlich auch nicht auf eine ihrer Meinung nach abweichende Eintragungspraxis berufen. Nach übereinstimmender höchstrichterlicher Rechtsprechung lässt sich aus Voreintragungen ähnlicher oder übereinstimmender Marken grundsätzlich kein Schutzgewährungsanspruch herleiten, da es sich bei der Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke nicht um eine Ermessens-, sondern um eine gebundene Entscheidung handelt, die jeweils einer auf den Einzelfall bezogenen Prüfung unterliegt (vgl. z.B. EuGH GRUR 2009, 667, Nr. 18 – Bild.t.-Online.de; BGH GRUR 2012, 276, Nr. 18 – Institut der Norddeutschen Wirtschaft e.V.).

e) Im dargelegten Umfang (hinsichtlich der o. g. Waren und Dienstleistungen) war die Beschwerde daher zurückzuweisen.

2. In Bezug auf die im Beschlusstenor aufgeführten Waren und Dienstleistungen lässt sich hingegen eine beschreibende Bedeutung der Bezeichnung **ALMWURZERL** bzw. ein enger beschreibender Bezug nicht feststellen, so dass das Zeichen insoweit auch nicht nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG von der Eintragung (bzw. hier: Schutzerstreckung) ausgeschlossen ist. Die Waren "black pudding [blood sausage], liver, liver pâté, ham" unterscheiden sich von der speziellen Rohwurstsorte **ALMWURZERL** und stellen auch keine (Roh-)Produkte zu deren Herstellung dar. Auch die Dienstleistung "slaughtering of animals" wird nicht mehr beschreibend von dem Markenwort erfasst.

Insoweit war der Beschwerde daher stattzugeben.

D. Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 83 Abs. 2 MarkenG besteht mangels Abweichung von anerkannten Grundsätzen des harmonisierten Markenrechts oder entscheidungserheblicher klärungsbedürftiger neuer Fragen kein Grund. Soweit die entsprechende Anregung der Markeninhaberin auf die Rechtsfrage der Formwirksamkeit einer österreichischen „Rubrumsunterschrift“ im deutschen Verfahrensrecht zielt, wurde diese Frage vorliegend, aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls, zu ihren Gunsten entschieden. Die Entscheidung im Übrigen hängt weder von einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung ab, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht der Markeninhaberin das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.

Hacker

Akintche

Meiser