

BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 201/99

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Löschung der Marke 2 904 754

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 4. Februar 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Winkler, der Richterin Dr. Schermer und des Richters v. Zglinitzki

beschlossen:

1. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr wird verworfen.
2. Die Beschwerde gilt als nicht eingelegt.
3. Der Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Markenstelle für Klasse 35 des Patentamts hat mit einem von einem Beamten des höheren Dienstes erlassenen Beschluß vom 31. August 1998 die Löschung der für Dienstleistungen der Klasse 35 eingetragenen Marke 2 904 754

siehe Abb. 1 am Ende

aufgrund des Widerspruchs aus der für Waren und Dienstleistungen der Klassen 41, 6, 8, 16, 18, 20, 21, 24, 25, 26, 28 und 34 eingetragenen Marke 1 007 598

siehe Abb. 2 am Ende

angeordnet. Zur Begründung hat sie ausgeführt, daß wegen der Identität der Marken und der Ähnlichkeit der durch sie erfaßten Waren und Dienstleistungen die Gefahr von Verwechslungen gemäß §§ 43 Abs 2, 42 Abs 2 Nr 1, 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG bestehe.

Der Beschluß ist dem Markeninhaber am 9. September 1998 zugestellt worden. Am 3. November 1998 hat das Patentamt die Marke 2 904 754 in der Rolle gelöscht und dem Markeninhaber die Löschung mit Amtsbescheid vom 24. November 1998 mitgeteilt.

Auf Anfrage des Markeninhabers vom 29. Juli 1999, wann mit einer Entscheidung über seine mit Schriftsatz vom 7. April 1999 erhobene Erinnerung gegen die Mitteilung der Löschung der Marke 2 904 754 und den Löschungsbeschluß vom 31. August 1998 zu rechnen sei, hat die Markenabteilung mitgeteilt, daß die Erin-

nerung nicht zu der Akte gelangt sei. Der Markeninhaber hat den Schriftsatz vom 7. April 1999 hierauf mit Schriftsatz vom 30. August 1999 eingereicht.

Der Markeninhaber beantragt,

1. den Löschungsbeschuß der Markenstelle vom 31. August 1998 und die Löschungsmitteilung vom 24. November 1998 aufzuheben;
2. den gegnerischen Kostenantrag zurückzuweisen;
3. rein vorsorglich, für den Fall einer unverschuldeten Überschreitung der Frist zur Einlegung der Erinnerung gegen den Beschluß vom 31. August 1998 und die Löschungsmitteilung vom 24. November 1998, Wiedereinsetzung zu gewähren.
4. Verfahrenskostenhilfe zu bewilligen.

Zur Begründung verweist der Markeninhaber auf den im Verfahren 33 W (pat) 233/97, ergangenen Beschluß des 33. Senats vom 6. November 1998. Dort sei in einem gleichliegenden Fall die Verwechslungsgefahr einer zu seinen Gunsten eingetragenen Marke mit einer identischen Widerspruchsmarke wegen mangelnder Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren und Dienstleistungen verneint und die Beschwerde der Widersprechenden zurückgewiesen worden. Im Hinblick auf diese Entscheidung sei die durch Beschluß der Markenstelle vom 31. August 1998 angeordnete Löschung der Marke 2 904 754 aufgrund des Widerspruchs aus der Marke 1 007 598 rückwirkend aufzuheben. Den Wiedereinsetzungsantrag hält der Markeninhaber für gerechtfertigt, weil er von dem ihm günstigen Beschluß des 33. Senats vom 6. November 1998 erst mit der Zustellung am 15. Dezember 1998 Kenntnis erlangt habe. Im Zeitpunkt der Löschung der Marke 2 904 754 sei es ihm noch nicht möglich gewesen, irgendein gebührenpflichtiges

Rechtsmittel einzulegen, ua auch wegen seiner wirtschaftlichen Verhältnisse und der Vielzahl der Verfahren, die für ihn zu Unrecht negativ ausgegangen seien.

Am 9. November 1999 hat der Markeninhaber nochmals Verfahrenskostenhilfe beantragt. Er hat ferner Antrag auf Beiordnung eines Rechtsanwalts gestellt sowie um einen Hinweis gebeten, welche Unterlagen zum Nachweis der Mittellosigkeit eingereicht werden müßten. Zur Begründung hat er mit Schriftsatz vom 13. Dezember 1999 ausgeführt, daß nach der "Verfahrenskostenhilfe"-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24. Juni 1999 die Gewährung von Verfahrenskostenhilfe auch im markenrechtlichen Verfahren möglich sei. Dies sei ihm nicht bekannt gewesen, denn der Senat habe in dem früheren Verfahren 33 W (pat) 81/97, an dem er beteiligt gewesen sei, mit Beschluß vom 7. November 1997 ausgeführt, daß im Markengesetz die Verfahrenskostenhilfe nicht vorgesehen sei. Bei dieser Sachlage treffe ihn kein seinem Wiedereinsetzungsantrag entgegenstehendes Selbstverschulden an der Versäumung der Frist zur Einlegung der Erinnerung bzw der damit gemeinten Beschwerde.

Die Widersprechende hat weder Anträge gestellt noch sich in der Sache geäußert.

II.

1. Das als "Erinnerung" bezeichnete Rechtsmittel des Markeninhabers, das sich gegen den von einem Beamten des höheren Dienstes erlassenen Beschluß der Markenstelle für Klasse 35 vom 31. August 1998 richtet, ist als Beschwerde gemäß § 66 Abs 1 MarkenG auszulegen.

Die Beschwerde gilt gemäß § 66 Abs 5 Satz 2 als nicht erhoben, weil der Markeninhaber die tarifmäßige Beschwerdegebühr nicht innerhalb eines Monats nach der am 9. September 1998 erfolgten Zustellung des angefochtenen Beschlusses gezahlt hat. Obwohl er auf das Erfordernis der fristgerechten Einlegung der Beschwerde und Zahlung der tarifmäßigen Beschwerdegebühr ordnungsgemäß

durch die dem Beschluß beigefügte Rechtsmittelbelehrung hingewiesen worden ist, hat er erst mit Schriftsatz vom 7. April 1999, zur Akte gelangt am 31. August 1999, "Erinnerung" eingelegt, ohne die Beschwerdegebühr zu zahlen.

2. Dem vorsorglich für den Fall der Versäumung der Frist zur Einlegung der "Erinnerung" gegen den Beschluß vom 31. August 1998 gestellten Antrag des Markeninhabers auf Wiedereinsetzung war nicht stattzugeben.

a) Die vom Markeninhaber geltend gemachte Tatsache, daß er sich erst durch den im Verfahren 33 W (pat) 233/97 zu seinen Gunsten ergangenen Beschluß des 33. Senats vom 6. November 1998 veranlaßt gesehen habe, den Beschluß der Markenstelle vom 31. August 1998 anzufechten, stellt keinen das Verschulden an der Versäumung der Frist zur Einlegung der Beschwerde und Zahlung der Beschwerdegebühr gemäß § 91 Abs 1 MarkenG ausschließenden Grund dar. Wer durch eine Entscheidung beschwert ist, muß diese innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Rechtsmittelfrist anfechten. Das Abwarten des Ausgangs eines anderen Verfahrens stellt einen Fall des bewußten Verstreichenlassens der Rechtsmittelfrist dar, das grundsätzlich schuldhaft ist, unabhängig davon, aus welchem Motiv der Rechtsmittelführer trotz Kenntnis des Fristablaufs untätig geblieben ist (vgl Thomas-Putzo, ZPO, 22. Aufl, § 233 Rdn 22).

b) Eine Wiedereinsetzung kommt aber auch dann nicht in Betracht, wenn man zugunsten des Markeninhabers davon ausgeht, daß nicht das Abwarten des Ausgangs des Verfahrens 33 W (pat) 233/97 ursächlich für die Fristversäumung war, sondern Mittellosigkeit ihn an der Einlegung der gebührenpflichtigen Beschwerde gehindert hat.

Der Senat nimmt ferner zugunsten des Markeninhabers an, daß er aufgrund eines unverschuldeten Rechtsirrtums davon abgesehen hat, innerhalb der Beschwerdefrist den für den Ausschluß des Verschuldens an der Fristversäumung erforderlichen Antrag auf Verfahrenskostenhilfe unter gleichzeitiger Angabe seiner per-

sönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse gemäß §§ 114, 117 Abs 2 ZPO zu stellen (vgl dazu Thomas-Putzo, ZPO, 21. Aufl, § 233 Rdn 37; Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1992, § 233 Rdn 43; Zöller, ZPO, 21. Aufl, § 233 Rdn 23; Schulte, PatG, 5. Aufl, § 134 Rdn 2). Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Senat bereits in zahlreichen vorhergehenden Verfahren, an denen der Markeninhaber beteiligt war, in Einklang mit der ständigen Spruchpraxis des Bundespatentgerichts die Auffassung vertreten hat, die Verfahrenskostenhilfe sei im markenrechtlichen Verfahren gesetzlich nicht vorgesehen (33 W (pat) 81/97, 33 W (pat) 80/97, 33 W (pat) 180/97, 33 W (pat) 181/97, 33 W (pat) 182/97, 33 W (pat) 183/97, 33 W (pat) 187/97, 33 W (pat) 188/97, 33 W (pat) 189/97, 33 W (pat) 191/97 jeweils vom 7. November 1997). Demgegenüber hat der Bundesgerichtshof in der "Verfahrenskostenhilfe" - Entscheidung vom 24. Juni 1999 (GRUR 1999, 998), auf die sich der Markeninhaber stützt, die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe nunmehr auch im markenrechtlichen (Rechts-)Beschwerde-Verfahren in entsprechender Anwendung der Vorschriften der Zivilprozeßordnung als möglich angesehen.

Ungeachtet der Frage, ob die Änderung der Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Verfahrenskostenhilfe überhaupt rückwirkend als Grund für eine unverschuldete Versäumung der Frist zur Beantragung der Verfahrenskostenhilfe berücksichtigt werden kann, steht der Gewährung der Wiedereinsetzung hier aber jedenfalls die Ausschlußfrist des § 91 Abs 5 MarkenG (entsprechend § 234 Abs 3 ZPO) entgegen. Danach kann Wiedereinsetzung nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Frist an gerechnet (hier: Ablauf der Beschwerdefrist am 9. Oktober 1998 - Ablauf der Jahresfrist am 9. Oktober 1999), nicht mehr beantragt werden. Dieser Fall liegt grundsätzlich dann vor, wenn erst nach Ablauf der Jahresfrist über den Verfahrenskostenhilfeantrag entschieden wird, denn erst mit dieser Entscheidung steht fest, ob das Hindernis der Mittellosigkeit behoben ist und erst ab diesem Zeitpunkt läuft gemäß § 91 Abs 2 MarkenG die Frist für die Stellung des Wiedereinsetzungsantrags (vgl Thomas-Putzo, aaO, § 234 Rdn 8; Zöller, aaO, § 234 Rdn 7). Es ist nicht zulässig, die Wiedereinsetzung rein vor-

sorglich bereits vor der Entscheidung über die Verfahrenskostenhilfe zu beantragen.

Da sich der Markeninhaber vorliegend erst nach Ablauf der Jahresfrist auf seinen Rechtsirrtum berufen hat und bisher auch seinen Antrag auf Verfahrenskostenhilfe nicht durch Darlegung seiner persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse begründet hat, kann die Entscheidung über die Verfahrenskostenhilfe zwangsläufig erst nach Ablauf der Jahresfrist des § 91 Abs 5 MarkenG erfolgen. Damit ist auch die Stellung eines auf Mittellosigkeit gestützten Wiedereinsetzungsantrags nicht mehr zulässig (vgl Münchener Kommentar, aaO, § 234 Rdn 7 ff), denn bei der Jahresfrist handelt es sich um eine nicht verlängerbare Ausschlußfrist. Der Ablauf dieser Frist steht der Wiedereinsetzung selbst dann entgegen, wenn der Markeninhaber die Frist unverschuldet nicht eingehalten haben sollte, etwa weil er möglicherweise erst nach der Jahresfrist Kenntnis von der "Verfahrenskostenhilfe"-Entscheidung des BGH (GRUR aaO) erlangt hat (vgl Thomas-Putzo, aaO, § 234 Rdn 11; Münchener Kommentar aaO, § 234 Rdn 7; Zöller, aaO, § 234 Rdn 12). Unter diesen Umständen bestand für den Senat auch kein Grund, dem Markeninhaber - wie von ihm mit Schriftsatz vom 9. Dezember 1999 beantragt - noch Hinweise über die zum Beleg der Mittellosigkeit erforderlichen Unterlagen zu geben.

3) Im übrigen war aufgrund der mangelnden Erfolgsaussichten der Beschwerde dem Markeninhaber für das Beschwerdeverfahren selbst einschließlich der gerichtlichen Durchsetzung des Wiedereinsetzungsantrags weder Verfahrenskostenhilfe noch die beantragte Beiordnung eines Rechtsanwalts zu bewilligen (§ 114 iVm § 121 Abs 2 ZPO). Insbesondere hätte die Beschwerde selbst bei unterstellter Zulässigkeit bzw Wirksamkeit keine Aussicht auf Erfolg gehabt. Soweit sich der Markeninhaber insoweit auf den im Verfahren 33 W (pat) 233/97 ergangenen Beschluß des Senats vom 31. August 1998 stützt, der einen seiner Meinung gleichliegenden Fall betrifft, verkennt er, daß die vorliegend in Frage stehende Widerspruchsmarke für andere Waren geschützt ist als die Widerspruchsmarke im

Verfahren 33 W (pat) 233/97. Dort handelte es sich um Kraftfahrzeuge und Kraftfahrzeugzubehör sowie um Finanz- und Transportwesen, während die Widerspruchsmarke vorliegend ua für typische Fanartikel, wie Bierkrüge, Vereinsabzeichen, Wimpel, Flaggen, Autoabzeichen usw geschützt ist, die Bestandteil der Medienwerbung bilden und deren Gestaltung und werbemäßige Vermarktung üblicherweise durch Werbefachleute erfolgt. Die Auffassung der Markenstelle, daß die auf Medienwerbung sowie die Durchführung von Verkaufskonzepten gerichteten Dienstleistungen der angegriffenen Marke irrigerweise derselben betrieblichen Herkunft zugeordnet werden wie die Waren der Widerspruchsmarke, ist daher nicht zu beanstanden.

III.

Der Senat hat wegen der sich aus der "Verfahrenskostenhilfe"-Entscheidung des BGH (aaO) ergebenden neuen Rechtslage aus Billigkeitsgründen davon abgesehen, dem anwaltlich nicht vertretenen Markeninhaber die Kosten des Beschwerdeverfahrens gemäß § 71 Abs 1 MarkenG aus Billigkeitsgründen aufzuerlegen. Die Kostenauflegung ist von der Widersprechenden im übrigen auch nicht beantragt worden, so daß der Antrag des Markeninhabers, den gegnerischen Kostenantrag zurückzuweisen, ins Leere geht.

IV.

Die Entscheidung über die Zulässigkeit der Beschwerde bzw die Feststellung, daß sie als nicht erhoben gilt, konnte gemäß § 70 Abs 2 MarkenG trotz des Antrags des Markeninhabers auf mündliche Verhandlung im schriftlichen Verfahren ergehen (vgl dazu auch Althammer/Ströbele, MarkenG, 5. Aufl, § 70 Rdn 4 iVm § 69 Rdn 5). Auch über den Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe wird in entsprechender Anwendung des § 127 Abs 1 Satz 1 ZPO grundsätzlich ohne mündlicher Verhandlung entschieden.

V.

Für die Entscheidung über die Erinnerung des Markeninhabers gegen die durch einen Sachbearbeiter des Patentamts unterzeichnete formlose Löschungsmitteilung vom 24. November 1998 ist das Bundespatentgericht gemäß § 66 Abs 1 MarkenG nicht zuständig. Hierüber wird das Patentamt zu befinden haben.

Der Senat weist jedoch bereits hier darauf hin, daß die Erinnerung ungeachtet der Frage, ob sie überhaupt statthaft ist, keinen Erfolg haben kann, weil die Löschungsanordnung mangels wirksam erhobener Beschwerde (vgl dazu die Ausführungen unter II) rechtskräftig ist und die Löschung der Marke 2 904 754 im Register daher zu Recht erfolgt ist.

Winkler

v. Zglinitzki

Dr. Schermer

Cl

Abb. 1



Abb. 2

