



# BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 64/11

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

**betreffend die Markenmeldung 30 2008 055 240.9**

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 10. Januar 2012 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Bender, des Richters Kätker sowie der Richterin Dr. Hoppe

beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Beschwerde der Widersprechenden gegen den Beschluss der Markenstelle für Klasse 37 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 8. April 2011 als nicht eingelegt gilt.
2. Die Rückzahlung der Erinnerungsgebühr in Höhe von 150,- € wird angeordnet.

**Gründe**

**I.**

Die Widersprechende hat mit Schreiben vom 6. Mai 2011, beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) am selben Tag eingegangen, Erinnerung gegen den Beschluss des juristischen Erstprüfers der Markenstelle für Klasse 1 des DPMA vom 8. April 2011 eingelegt und die Erinnerungsgebühr von 150,- € entrichtet.

Am 29. November 2011 hat sie ausgeführt, dass diese Erinnerung nicht als Beschwerde ausgelegt werden könne, da zumindest die Erinnerungsgebühr geringer als die Beschwerdegebühr sei. Die Beschwerde gelte daher als nicht eingelegt, so dass die Erinnerungsgebühr ohne Rechtsgrund gezahlt worden sei.

Sie beantragt darum

festzustellen, dass die Beschwerde als nicht eingelegt gilt und die Erinnerungsgebühr in Höhe von 150,- € an ihre anwaltlichen Vertreter zurückzuerstatten ist.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Es ist festzustellen, dass die Beschwerde gemäß § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 2 PatKostG als nicht eingelegt gilt.

1. Nach § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG findet gegen Beschlüsse der Markenstellen des DPMA unbeschadet der Vorschrift des § 64 MarkenG die Beschwerde an das Bundespatentgericht statt. Wegen § 64 Abs. 1 Satz 1 MarkenG findet gegen Beschlüsse der Markenstellen, die von einem Beamten des gehobenen Dienstes oder einem vergleichbaren Angestellten erlassen worden sind, die Erinnerung statt. Im vorliegenden Fall war der angefochtene Beschluss des DPMA jedoch von einem Mitglied des Patentamts i. S. d. §§ 26 Abs. 2 PatG, 56 Abs. 2 Satz 2 MarkenG erlassen worden. Daher war lediglich das Rechtsmittel der Beschwerde und nicht der Rechtsbehelf der Erinnerung statthaft.

2. Zwar ist der eingelegte Rechtsbehelf grds. auszulegen, so dass eine nicht statthafte Erinnerung in eine Beschwerde umgedeutet werden kann. Dies vermag

der Antragstellerin im vorliegenden Verfahren jedoch nicht zu helfen, da jedenfalls die Beschwerdegebühr innerhalb der Beschwerdefrist nicht vollständig entrichtet worden ist. Der Antragsteller hat nämlich nur die Erinnerungsgebühr von 150,- € einbezahlt, während die Beschwerdegebühr gemäß Nr. 401 300 des Gebührenverzeichnisses (Anlage zu § 2 Abs. 1 PatKostG) 200,- € beträgt.

3. Wird die Beschwerdegebühr aber innerhalb der Monatsfrist nicht oder - wie im vorliegenden Fall - nicht vollständig bezahlt, ist festzustellen, dass die Beschwerde gemäß § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 2 PatKostG als nicht eingelegt gilt. Nach § 6 Abs. 2 PatKostG gilt nämlich eine Beschwerde, bei der es sich wegen § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 PatKostG um eine „sonstige Handlung im Sinne dieses Gesetzes“ handelt, als nicht vorgenommen, wenn eine Gebühr nach § 6 Abs. 1 PatKostG nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig gezahlt worden ist. Dies hat zur Konsequenz, dass mangels Rechtsgrunds eine gänzlich oder teilweise nicht bezahlte Gebühr nachträglich nicht ganz oder teilweise beigetrieben werden kann und eine nur teilweise oder verspätet einbezahlte Gebühr wieder zurückzuerstatten ist (Knoll in Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 66 Rn. 49; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 66, Rn. 53 - 55; Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., § 66, Rn. 29; Fuchs-Wissemann in Ekey/Klippel/Bender, Markenrecht, 2. Aufl., § 66 Rn. 5; Grabrucker in Fezer, Hdb. Markenpraxis, Bd. I, MarkenVerfR, 1. Teil., Kap. 2, Rn. 164 - 168; Büscher, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 2. Aufl., § 66 MarkenG, Rn. 43; Donle in v. Schultz, Markenrecht, 2. Aufl., § 66 Rn. 17).

4. Da es im vorliegenden Fall nicht nur um eine deklaratorische Feststellung der Nichteinlegung der Beschwerde nach § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 2 PatKostG ging, für die wegen § 23 Abs. 1 Nr. 4 RpfLG der Rechtspfleger zuständig wäre, dem Fälle übertragen sind, die keine rechtlichen Schwierigkeiten bieten (vgl. Dallmayer/Eickmann, RpfLG, § 23, Rn. 6), sondern auch um die Prüfung der Statthaftigkeit des vor dem DPMA eingelegten Rechtsmittels im Wege der Auslegung, war für die Entscheidung nicht das DPMA zuständig, sondern das

Bundespatentgericht in der Besetzung durch die Mitglieder des erkennenden Senats und nicht durch den Rechtspfleger.

Bender

Kätker

Dr. Hoppe

Cl