



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 507/16

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2013 006 273

(hier: Erinnerung gegen den Beschluss des Rechtspflegers)

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts im schriftlichen Verfahren in der Sitzung vom 17. Oktober 2016 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, der Richterin Uhlmann und des Richters Dr. Söchtig

beschlossen:

Die Erinnerung der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss des Rechtspflegers des 28. Senats des Bundespatentgerichts vom 7. September 2016 wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Mit Beschluss vom 29. Juli 2015 hat die Markenstelle für Klasse 7 des Deutschen Patent- und Markenamtes die am 12. Februar 2014 eingetragene Wortmarke 30 2013 006 273 „Wanderer ZERTEC“ der Beschwerdeführerin aufgrund des Widerspruchs der Beschwerdegegnerin vom 13. Juni 2014 aus ihrer Unionsmarke 009 797 499 „Wanderer“ teilweise gelöscht. Der Beschluss war mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen, die wie folgt lautet:

„Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann gemäß § 64 Markengesetz (MarkenG) der Rechtsbehelf der **Erinnerung** eingelegt werden. Die Erinnerung steht den am Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt Beteiligten zu. Sie hat aufschiebende Wirkung.

An Stelle der Erinnerung kann gemäß § 66 MarkenG auch das Rechtsmittel der **Beschwerde** eingelegt werden. Die Beschwerde steht den am Verfahren vor dem Patent- und Markenamt Beteiligten zu. Sie hat aufschiebende Wirkung.

Die Erinnerung und die Beschwerde **sind innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses schriftlich** beim Deutschen Patent- und Markenamt einzulegen. Die Anschriften lauten:

Deutsches Patent- und Markenamt, 80297 München

Deutsches Patent- und Markenamt, Dienststelle Jena, 07738 Jena

Deutsches Patent- und Markenamt, Technisches Informationszentrum Berlin, 10958 Berlin

Die **Beschwerde** kann stattdessen auch in **elektronischer Form** eingereicht werden (§ 95a Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 MarkenG i. V. m. § 130a Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 3 Zivilprozessordnung (ZPO), § 12 der Verordnung über das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMAV), §§ 1 ff. der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Deutschen Patent- und Markenamt (ERVDPAV)). Die näheren (technischen) Voraussetzungen sind in der ERVDPAV aufgeführt.

Innerhalb der Erinnerungsfrist ist die **Gebühr für das Erinnerungsverfahren (Gebührenverzeichnis zum Patentkostengesetz (PatKostG) Nr. 333 000 = EUR 150,00)** auf das Konto der Bundeskasse Halle/DPMA für das Deutsche Patent- und Markenamt **zu entrichten**. Wird die Gebühr für das Erinnerungsverfahren **nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig gezahlt, so gilt die Erinnerung als nicht eingelegt (§ 6 Abs. 2 PatKostG)**.

Innerhalb der Beschwerdefrist ist die **Beschwerdegebühr (Gebührenverzeichnis zum PatKostG Nr. 401 300 = EUR 200,00)** auf das Konto der Bundeskasse Halle/DPMA für das Deutsche Patent- und Markenamt **zu entrichten**. Die Beschwerdegebühr ist für jeden Beschwerdeführer gesondert zu zahlen. **Wird die Beschwerdegebühr nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig gezahlt, so gilt die Beschwerde als nicht eingelegt (§ 6 Abs. 2 PatKostG)**.

Für den Fall, dass in einem mehrseitigen Verfahren von einem Verfahrensbeteiligten Erinnerung und von einem anderen Verfahrensbeteiligten Beschwerde eingelegt wird, enthält § 64 Abs. 6 MarkenG eine Sonderregelung.

Hinweise:

Bei der Zustellung durch die Post mittels Einschreiben durch Übergabe gilt dieses am 3. Tag nach der Aufgabe zur Post als zugestellt, es sei denn, dass das zuzustellende Dokument nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist (§ 94 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 Verwaltungszustellungsgesetz (VwZG)). Bei der Zustellung mittels Einschreiben mit Rückschein gilt diese an dem Tag als bewirkt, den der Rückschein angibt (§ 94 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 1 Verwaltungszustellungsgesetz (VwZG)).

Bei der Zustellung durch die Post mit Zustellungsurkunde ist der Tag der Zustellung auf der übergebenen Abschrift der Zustellungsurkunde oder auf der übergebenen Sendung vermerkt.

Bei Zustellung ins Ausland mittels eingeschriebenen Briefs durch Aufgabe zur Post gilt dieser zwei Wochen nach Aufgabe zur Post als zugestellt (§ 94 Abs. 1 Nr. 1 MarkenG i. V. m. § 184 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Der Erinnerung/der Beschwerde und allen Schriftsätzen sollen Abschriften für die übrigen Beteiligten beigefügt werden.“

Der Beschluss ist der Beschwerdeführerin am 30. Juli 2015 auf dem Postweg mittels Einschreiben durch Übergabe übersandt worden. Als Zustelldatum ist auf dem Zustellnachweis der 2. August 2015 vermerkt. Dieser Tag war ein Sonntag.

Ebenfalls mit Beschlüssen vom 29. Juli 2015 hat die Markenstelle für Klasse 7 die Wortmarken der Beschwerdeführerin 30 2013 006 270 „Wanderer GF“ und 30 2013 006 272 „Wanderer MMS“ aufgrund des Widerspruchs der Beschwerdegegnerin aus ihrer Unionsmarke 009 797 499 „Wanderer“ teilweise gelöscht.

Die Beschwerdeführerin hat gegen die Beschlüsse vom 29. Juli 2015 mit am 19. September 2015 eingegangenem Schreiben vom 18. September 2015 „Einspruch und Beschwerde“ eingelegt. Die Parallelverfahren werden unter den Aktenzeichen 28 W (pat) 503/16 und 28 W (pat) 506/16 geführt. Sie hat unter Angabe des Verwendungszweckes „Wortmarke 302013006272+270+273 BESCHLUSS VOM 29.07.2015“ am 26. Oktober 2015 einen Betrag von 150,- € entrichtet, der am 4. Februar 2016 als Zahlung für das Verfahren 28 W (pat) 503/16 umgebucht wurde.

Der Rechtspfleger hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 3. Juni 2016 darauf hingewiesen, dass die Beschwerdegebühr nicht eingegangen sei und der Senat davon ausgehe, dass der angegriffene Beschluss der Beschwerdeführerin am 3. August 2015 zugegangen ist. Gleichzeitig hat er darauf hingewiesen, dass die Beschwerde gemäß § 6 Abs. 2 PatKostG als nicht vorgenommen gelte, da die Beschwerdegebühr innerhalb der Rechtsmittelfrist nicht gezahlt worden sei, wobei er der Beschwerdeführerin Frist zur Stellungnahme binnen eines Monats eingeräumt hat.

Die Beschwerdeführerin hat daraufhin in dem am 15. Juni 2016 eingegangenen Schreiben ausgeführt, die Beschwerdegebühr eingezahlt zu haben, mit am 19. Juli 2016 eingegangenem Schreiben hat sie vorgetragen, bei einem Telefonat mit dem Deutschen Patent- und Markenamt sei ihr mitgeteilt worden, sie solle Beschwerde einreichen und einen Betrag von 150,- € einzahlen, der am 22. Oktober 2015 von ihrem Konto abgebucht worden sei.

Mit Beschluss vom 7. September 2016, der der Beschwerdeführerin am 16. September 2016 zugestellt worden ist, hat der Rechtspfleger festgestellt, dass die Beschwerde der Markeninhaberin vom 18. September 2015 gegen den Beschluss der Markenstelle für Klasse 7 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 29. Juli 2015 als nicht eingelegt gilt.

Zur Begründung hat er ausgeführt, dass die Beschwerdegebühr von 200,- € nicht eingezahlt worden sei.

Hiergegen hat die Beschwerdeführerin mit am 27. September 2016 eingegangenem Schreiben ohne Datum Erinnerung eingelegt. Sie trägt vor, es sei für sie nicht erkennbar gewesen, dass für jeden Fall der Beschwerde jeweils ein Betrag von 200,- € habe eingezahlt werden müssen, wie sich aus dem vorausgegangenen Schriftverkehr mit dem Deutschen Patent- und Markenamt ergebe. Die Namensrechte für „Wanderer MMS“ seien schon früher in ihrem Besitz gewesen und nur infolge eines Missverständnisses nicht verlängert worden. Speziell der Name „Wanderer MMS“ werde dringend von der Beschwerdeführerin benötigt. Sie hat Kopien ihres E-Mail-Verkehrs mit dem Deutschen Patent- und Markenamt vorgelegt, aus denen hervorgeht, dass ihr der angegriffene Beschluss vom 29. Juli 2015 spätestens am 4. August 2015 zugegangen war.

Die Beschwerdeführerin stellt sinngemäß den Antrag,

den Beschluss des Rechtspflegers des 28. Senats vom 7. September 2016 aufzuheben.

Die Beschwerdegegnerin hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

Die Erinnerung ist gemäß §§ 23 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2, 11 Abs. 2 S. 6 RPfIG zulässig, aber unbegründet. Der Senat wertet das Schreiben vom 18. September 2015 als Beschwerde, da das Markengesetz das Rechtsmittel des Einspruchs nicht vorsieht und die Beschwerdeführerin auf einen entsprechenden Hinweis des Rechtspflegers zum Ausdruck gebracht hat, dass sie ihr Rechtsmittel vor dem Bundespatentgericht verfolgen will. Die Beschwerde gilt gemäß § 6 Abs. 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 PatKostG als nicht eingelegt, da die Beschwerdegebühr nicht gezahlt worden ist.

Die Beschwerdeführerin hat die spätestens am 4. September 2015 abgelaufene Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr versäumt.

Nach § 82 Abs. 1 S. 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 1 S. 1 PatKostG ist für die Beschwerde innerhalb der Beschwerdefrist des § 66 Abs. 2 MarkenG die Beschwerdegebühr zu zahlen, also innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses. Der angegriffene Beschluss des DPMA ist an die Beschwerdeführerin am 30. Juli 2015 mit Einschreiben durch Übergabe abgesandt worden. Ein postalischer Zustellungsnachweis liegt nicht vor, das auf dem Aktenvermerk vom 25. April 2016 angegebene Zustellungsdatum ist unzutreffend, da der 2. Au-

gust 2015 ein Sonntag war, an dem Zustellungen nicht vorgenommen werden. Es steht aber nach den nunmehr von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen fest, dass der angegriffene Beschluss ihr spätestens am 4. August 2015 vorlag, sodass die Beschwerdefrist in jedem Fall an diesem Tag zu laufen begann und am 4. September 2015 endete. Innerhalb dieser Frist hat die Beschwerdeführerin die Beschwerdegebühr von 200,- € nicht gezahlt und dies auch bis heute nicht nachgeholt. Der am 26. Oktober 2015 eingezahlte Betrag von 150,- € war selbst im Fall einer Zuordnung zum hiesigen Beschwerdeverfahren unzureichend und zudem verspätet, da er fast zwei Monate nach Ablauf der Beschwerdefrist gutgeschrieben wurde (§ 2 Nr. 2 PatKostZV). Das hat zur Folge, dass die Beschwerde als nicht eingelegt gilt (§ 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 2 PatKostG).

Auch die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gemäß § 91 MarkenG liegen nicht vor, weil die Beschwerdeführerin die versäumte Handlung nicht nachgeholt hat, § 91 Abs. 4 MarkenG, und sie zudem nach ihrem eigenen Vortrag an der Einhaltung der Zahlungsfrist nicht ohne ihr Verschulden gehindert war. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf ihre Unkenntnis der Zahlungsverpflichtung beruft, hat sie diese zu vertreten. Denn die in dem angegriffenen Beschluss enthaltene Rechtsmittelbelehrung weist deutlich auf Höhe und Zahlungsfrist der Beschwerdegebühr sowie die Folgen der Fristversäumung hin. Bei pflichtgemäßer Kenntnisnahme konnte die Beschwerdeführerin ohne Schwierigkeiten erkennen, wann und in welcher Höhe Beschwerdegebühren zu zahlen waren. Angesichts des klaren Wortlauts der Rechtsmittelbelehrung kann sie sich für ihre behauptete unverschuldete Unkenntnis nicht auf später erteilte, als unverbindlich gekennzeichnete Auskünfte der Service-Stelle des Deutschen Patent- und Markenamtes berufen.

Daher war die Erinnerung zurückzuweisen.

Das Erinnerungsverfahren ist gerichtsgebührenfrei (§ 11 Abs. 4 RPfIG).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten 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 Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, eingereicht werden. Die Frist ist nur gewahrt, wenn die Rechtsbeschwerde vor Fristablauf beim Bundesgerichtshof eingeht. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Dr. Kortbein

Uhlmann

Dr. Söchtig

Me