

Lösungshinweise

[Tenor]

1. Der Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts vom 21. Februar 2007 wird aufgehoben.
2. Der Löschantrag wird insgesamt zurückgewiesen.
3. Die Beschwerdegegnerin trägt die Kosten des Löschantrags- und des Beschwerdeverfahrens.

Gründe:

I.
(Tatbestand)

II.

Die Beschwerde der Gebrauchsmusterinhaber gegen den Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung vom 21. Februar 2007 erweist sich insgesamt als zulässig und begründet. Da ein Löschantragsgrund vorliegend nicht besteht, kann der angegriffene Beschluss keinen Bestand haben, der Löschantrag ist insgesamt zurückzuweisen.

1. Die Beschwerde ist wirksam eingelegt worden und auch im Übrigen zulässig.
 - 1.1. § 6 Abs. 1 PatKostG i.V.m. §§ 18 Abs. 1, 2 GebrMG, 73 Abs. 2 S. 1 PatG stehen dem nicht entgegen, da die Beschwerdefrist und damit auch die Frist für die Einzahlung der Beschwerdegebühr nicht in Lauf gesetzt worden ist. Denn dafür hätte es einer ordnungsgemäßen Zustellung des Beschlusses bedurft, woran es hier fehlt.
Nach § 17 Abs. 3 GebrMG sind Beschlüsse im Löschantragsverfahren den Beteiligten, d.h., allen Beteiligten, von Amts wegen zuzustellen, vorliegend den als notwendige Streitgenossen am Löschantragsverfahren beteiligten Beschwerdeführern zu 1) und zu 2). Erst eine wirksame Zustellung setzt die einmonatige Beschwerdefrist in Gang. Die Zustellung richtet sich nach § 21 Abs. 1 GebrMG, § 127 Abs. 1 PatG nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes (VwZG). Ist bei mehreren Beteiligten, wie im vorliegenden Fall, ein Zustellungsbevollmächtigter bestellt ist, genügt grundsätzlich die Zustellung an ihn, jedoch sind für jeden Beteiligten beglaubigte (vgl. Sadler, VwZG, 6. Aufl., § 7 Rn 18) Beschlussausfertigungen beizufügen (vgl. Busse, PatG, 6. Aufl., § 47 Rn 55). Dass dies bei dem Teillöschantragsbeschluss vom 21. Februar 2007 erfolgt ist, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Für den Beschwerdeführer zu 2) war keine Ausfertigung beigelegt, vielmehr musste er sich selbst eine Kopie des Beschlusses anfertigen.
Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 VwZG macht nach ständiger Rechtsprechung des BPatG die Zustellung unwirksam (vgl. Busse a.a.O. m.w.N.; BPatGE 45, 159 ff – Verkleidungsplatten; BPatG Beschluss vom 9. Dezember 2004, 10 W (pat) 40/04, jeweils m.w.N.; Engelhardt/ App/Schlatmann, VwZG, 7. Aufl., § 7 Rn. 9; Sadler a.a.O., Rn 20). Der bei Engelhardt und Sadler a.a.O. zitierten und abgelehnten anderen Auffas-

sung kann nicht nur wegen des entgegenstehenden Gesetzeswortlauts nicht gefolgt werden. Vielmehr würde die Auffassung, dass eine Zustellung einer Beschlussausfertigung allein an den Zustellungsbevollmächtigten eine wirksame Zustellung an alle Beteiligten sei, den Zustellungsbevollmächtigten einem sonstigen Bevollmächtigten (Vertreter) gleichstellen (vgl. § 7 Abs. 1 VwZG), was wegen der unterschiedlichen Stellung von Bevollmächtigtem und Zustellungsbevollmächtigten nicht zulässig ist.

Eine Heilung nach § 8 VwZG ist nicht eingetreten. Bezüglich des Beschwerdeführers zu 2) schon deshalb nicht, weil er bisher noch keine Ausfertigung des Beschlusses vom 21. Februar 2007 erhalten hat. Aber auch bezüglich des Beschwerdeführers zu 1) fehlt es an dem für eine Heilung erforderlichen Zustellungswillen an beide Beteiligte (vgl. Schulte, 8. Aufl. 2008, § 127 Rn. 116 m.w.N.; BPatG, 10 W (pat) 40/04 a.a.O.; Engelhardt a.a.O., § 8 Rn 3).

[Anmerkung 1]

- 1.2. Damit war die am 30. April 2007 beim Deutschen Patent- und Markenamt samt der tarifmäßigen Beschwerdegebühr von 500,- € (Anhang zu § 2 PatKostG B GebührenatbestandNr. 401100) eingegangene Beschwerde des Beschwerdeführers zu 1) rechtzeitig.

Als notwendiger Streitgenosse ist der Beschwerdeführer zu 2) gem. §§ 99 Abs. 1 PatG, 61 ZPO am Beschwerdeverfahren ebenfalls beteiligt, ohne dass es im Ergebnis darauf ankommt, ob er selbst Beschwerde eingelegt hat. Der vom Beschwerdeführer zu 2) erhobene „Widerspruch“ ist gesetzlich nicht vorgesehen. Da aber auch Verfahrensanträge entsprechend den §§ 133, 157, 242 BGB so auszulegen sind, dass der wirkliche Wille einer unrichtigen Erklärung zur Geltung kommt, und der Beschwerdeführer zu 2) sich in eindeutiger Weise gegen die Entscheidung der Gebrauchsmusterabteilung richtet, deren Überprüfung er wünscht, ergibt sich hieraus, dass er insoweit Beschwerde eingelegt hat. Da der Beschwerdeführer zu 2) bereits am Verfahren beteiligt ist, ist auch nicht erheblich, ob er seinerseits eine Beschwerdegebühr einbezahlt hat, wozu er grundsätzlich verpflichtet wäre (Anhang zu § 2 PatKostG B (1)). Eines entsprechenden Hinweises bedurfte es daher nicht. [Anmerkung 2] Offen bleiben kann letztlich auch, ob die Einlegung der Beschwerde beim Bundespatentgericht statt beim Deutschen Patent- und Markenamt entgegen § 73 Abs. 1 PatG unschädlich ist. Der Senat neigt im vorliegenden Fall dazu, dies zu bejahen. Denn die Beschwerde des Beschwerdeführers zu 1) war am 5. Januar 2008, als der Beschwerdeführer zu 2) seine Beschwerde bei Gericht eingelegt hat, noch anhängig. Zwar war zu diesem Zeitpunkt der Wiedereinsetzungsantrag des Beschwerdeführers zu 1) bereits rechtskräftig (§ 99 Abs. 2 PatG) zurückgewiesen worden. Aber eine Entscheidung, wonach die Beschwerde wegen fehlender Gebühreuzahlung als nicht erhoben gilt, war noch nicht getroffen worden. Aufgrund der weiter bestehenden Anhängigkeit der Beschwerde musste der Beschwerdeführer zu 2) für seine Beschwerde nicht den Weg über das Deutsche Patent- und Markenamt gehen. Der Grund dafür, dass die Beschwerde dort einzulegen ist, liegt darin, dass dem Deutschen Patent- und Markenamt prüfen kann, ob der Beschwerde abgeholfen werden kann. Dies ist im vorliegenden Fall - abgesehen davon, dass es sich hier um ein die Abhilfe ausschließendes zweiseitiges Verfahren handelt (§ 73 Abs. 4) handelt, schon deshalb nicht möglich, weil die Entscheidungsbefugnis über die Beschwerde aufgrund der Beschwerde des Beschwerdeführers zu 1) bereits auf das Gericht übergegangen war.

1.3. Der Beschluss des Senats vom 1. Dezember 2007 steht einer Entscheidung über die Beschwerde in der Sache nicht entgegen, da in ihm - auch wenn er bezüglich der Ablehnung der Wiedereinsetzung rechtskräftig und auch im Übrigen bindend ist - nicht über die Einlegung oder die Zulässigkeit der Beschwerde entschieden worden ist, ebenfalls nicht über das Vorliegen einer etwaigen Fristversäumung. Dieser Beschluss geht ins Leere, da kein Fall der Wiedereinsetzung vorliegt, nachdem der Beschwerdeführer zu 1) tatsächlich keine Frist versäumt hat. Dies gilt daher auch für die vom Beschwerdeführer zu 2) gegen diesen Beschluss gerichteten Einwendungen sowie seinen eigenen Wiedereinsetzungsantrag vom 1. Januar 2008. [Anmerkung 3]

2. Die Beschwerde erweist sich auch als begründet, da entgegen der Auffassung der Gebrauchsmusterabteilung ein Lösungsgrund i.S. § 15 GebrMG nicht besteht.

2.1. Zunächst kann offen bleiben, ob mit der Zustellung des Lösungsantrags nur an den Beschwerdeführer zu 1) das Äußerungsrecht des Beschwerdeführers zu 2) in rechtserheblicher Weise missachtet worden ist. Denn der Beschwerdeführer zu 1) hat dem Lösungsantrag der Beschwerdegegnerin innerhalb der Monatsfrist des § 17 Abs. 1 S.1 GebrMG am 2. Oktober 2006 rechtzeitig - der 1. Oktober 2006 war ein Sonntag (§§ 99 Abs. 1 PatG, 222 Abs. 2 ZPO) - widersprochen, was in entsprechender Anwendung von § 62 Abs. 1 ZPO auch zugunsten des Beschwerdeführers zu 2) als notwendigem Streitgenossen wirkte. Der Widerspruch erfolgte auch in vollem Umfang, da sich aus den Äußerungen des Beschwerdeführers zu 1) in der Widerspruchsbegründung kein eindeutiger Wille entnehmen lässt, das Streitgebrauchsmuster nur in eingeschränktem Umfang verteidigen zu wollen. Für einen entsprechenden Teilwiderspruch hätte es einer eindeutigen Erklärung bedurft. Diese lag aber nicht vor, vielmehr hat sich der Beschwerdeführer zu 1) lediglich eine bestimmte Art der Verteidigung des Streitgebrauchsmusters offen gehalten.

Für die Entscheidung in der Sache kommt es vorliegend auch nicht darauf an, dass die Gebrauchsmusterabteilung den Beschwerdeführer zu 2) entgegen § 63 ZPO nicht zur mündlichen Verhandlung geladen und ihm damit sein Recht auf Äußerung genommen hat.

2.2. Denn die von der Beschwerdegegnerin im Lösungsverfahren vorgetragene Tatsache ergeben den von ihr geltend gemachten Lösungsgrund nach § 15 Abs. 1 Nr. GebrMG nicht. Denn sie stellen keinen dem Streitgebrauchsmuster entgegenstehenden relevanten Stand der Technik, unabhängig davon, dass dem Gebrauchsmuster der im Register eingetragene Anmeldetag nicht zusteht.

2.2.1. Die Beschwerdeführer haben gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 GebrMG zusammen mit der Anmeldung am 7. März 2006 den 14. Juli 2004 als den Anmeldetag ihres parallelen Patents beansprucht. Da diese Patentanmeldung durch ihre Rücknahme bereits am 2. Dezember 2006 erledigt worden ist, hätte die Abzweigung bis spätestens 28. Februar 2006 erklärt werden müssen (§ 5 Abs. S. 3 GebrMG). Da dies nicht geschehen ist, kommt dem Streitgebrauchsmuster nur der Zeitrang seines tatsächlichen Anmeldetags zu.

2.2.2. Die Verlautbarungen auf der Messe in Salzburg stehen dem Anspruch 1 des Streitgebrauchsmusters nicht entgegen. Die Messe fand zwar am 12. März 2005 und damit

knapp ein Jahr vor dem Anmeldetag des Streitgebrauchsmusters statt, dass auf ihr aber eine schriftliche Beschreibung der Kühlplatte der Beschwerdegegnerin i.S.v. § 3 Abs. 1 S. 2 GebrMG vorgelegen hätte, ist nicht ersichtlich. Auch eine Benutzung dieses Gegenstandes erfolgte nicht innerhalb des Geltungsbereichs des Gebrauchsmustergesetzes, unabhängig davon, woher die Messebesucher stammten.

- 2.2.3. Die Ausstrahlung im Bayerischen Fernsehen bildet nach Auffassung des Senats keinen relevanten Stand der Technik. Diese hat zwar zweifelsfrei in der Bundesrepublik Deutschland stattgefunden, also im Geltungsbereich des Gebrauchsmustergesetzes. Dass sie auch eine neuheitsschädliche Benutzung i.S.v. § 3 Abs. 1 S. 2 GebrMG darstellt, lässt sich allerdings nicht feststellen. Unter einer Benutzung im Sinne dieser Vorschrift ist jede Handlung zu verstehen, die ihrer Art nach geeignet ist, das Wesen der Erfindung kundbar zu machen. Was die Präsentation der Kühlplatte der Beschwerdegegnerin anbelangt, so ist nicht vorgetragen worden, in welchem Umfang das Bildmaterial geeignet war, diesen Gegenstand in all seinen technischen Einzelheiten zu offenbaren, insbesondere ob die geringen Unterschiede der Durchmesser der sacklochförmigen Ausnehmungen und der Kühlmittelkanäle erkennbar waren. Daran bestehen auch erhebliche Zweifel. Dies gilt ebenfalls hinsichtlich der mündlichen Beschreibung im Interview des Geschäftsführers. Wäre dieser Unterschied Gegenstand der Fernsehausstrahlung bzw. der Darstellung im Interview gewesen, hätte die Beschwerdegegnerin dies vorgetragen und diese Frage nicht durch einen Zeugenbeweis in das Lösungsverfahren einführen müssen. Danach kommt es hier auf die Frage nicht an, ob die filmische Dokumentation insofern als relevant anzusehen wäre, als sie einer schriftlichen Beschreibung derart nahesteht, dass eine Ungleichbehandlung gegenüber einer schriftlichen Beschreibung nicht zu rechtfertigen wäre oder ob dies eine Umgehung der in § 3 Abs. 1 S. 2 getroffenen gesetzlichen Beschränkung der neuheitsschädlichen Tatbestände bedeutete (vgl. BGH GRUR 1997, 360 ff - Profilkrümmter; Busse 6. Aufl. Rn. 5 zu § 3 GebrMG). [Anmerkung 4]
- 2.2.4. Die zurückgenommene Patentanmeldung stellt keinen dem Anspruch 1 entgegenstehenden Stand der Technik dar. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Anmeldung angesichts des kurzen Abstands zwischen der Zurücknahme der Anmeldung und dem Ablauf der 18-Monatsfrist des § 31 Abs. 2 Nr. 2 PatG veröffentlicht worden ist, weil die technischen Vorbereitungen bereits abgeschlossen waren (§ 32 Abs. 4 PatG). Denn eine solche Veröffentlichung wäre wegen der zugunsten der Beschwerdeführer eingreifenden Neuheitsschonfrist des § 3 Abs. 1 S. 3 GebrMG unbeachtlich.
- 2.2.5. Soweit die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeerwiderung sinngemäß geltend macht, Anspruch 3 enthalte keine ausführbare Lehre, ist dieser Einwand ungeachtet seines sachlichen Gehalts im vorliegenden Beschwerdeverfahren unbeachtlich. Zwar fällt die mangelnde Ausführbarkeit unter den Lösungsgrund des § 15 Abs. 1 Nr. 1 GebrMG, den die Beschwerdegegnerin bereits geltend gemacht hat (vgl. Bühring, GebrMG § 15 Rn 12). Allerdings haben nur die Gebrauchsmusterinhaber gegen den Teillösungsbeschluss vom 21. Februar 2007 Beschwerde eingelegt, so dass eine Löschung der von der Entscheidung der Gebrauchsmusterabteilung nicht gelöschten Ansprüche 2 und 3 einen Verstoß gegen den Grundsatz der reformatio in peius verstoßen würde. Um eine Überprüfung des Streitgebrauchsmusters auch in diesem Umfang zu ermöglichen, hätte die Beschwerdegegnerin Anschlussbeschwerde einlegen müssen, was sie vorliegend aber nicht getan hat. Zwar kann eine Anschlussbeschwerde auch konkludent eingelegt werden. Hierfür genügt grundsätzlich jede Erklärung, die ihrem Sinn nach eine dem Erklärenden vorteilhafte und über die Abwehr der Beschwerde hi-

nausgehende Entscheidung anstrebt. An letzterer Voraussetzung fehlt es hier. Denn die Beschwerdegegnerin hat ihren Antrag lediglich auf die Zurückweisung der Beschwerde gerichtet und ihrerseits keine Aufhebung des Beschlusses der Gebrauchsmusterabteilung beantragt. Angesichts des ausdrücklich geäußerten Desinteresses am weiteren Verfahrensausgang kann außerdem nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Beschwerdegegnerin einem weiteren Kostenrisiko unterziehen wollte.

III.

Als Unterlegene trägt die Beschwerdegegnerin die Kosten des Lösungsverfahrens und des Beschwerdeverfahrens, §§ 18 Abs. 2 S. 2 GebrMG, 84 Abs. 2 S. 2 PatG, 91 Abs. 1 ZPO.
[Anmerkung 5]

3 Unterschriften

Anmerkung 1:

Der 10. Senat hat in der zitierten Entscheidung nur lapidar ausgeführt:

„Auch eine Heilung des Zustellungsmangels gemäß § 9 VwZG kommt nicht in Betracht. Hierfür genügt es nicht, dass die Patentinhaberin zu 1) den Beschluss nachweislich erhalten hat. Wenn gemäß § 8 Abs. 2 VwZG mehrere Beschlussexemplare zugestellt werden müssen, setzt die Anwendung des § 9 VwZG nämlich voraus, dass seitens der Behörde der Wille hierzu überhaupt vorhanden war (vgl. Engelhardt/App, aaO § 9 Rdn 2; Sadler, aaO, § 9 Rdn 19 ff.; VG Koblenz, ZMR 2002, 237). Davon kann hier aber nicht ausgegangen werden.“

In 10 W (pat) 31/02 wird bezüglich des Zustellungsbevollmächtigten ausgeführt: „Zwar hat das Patentamt insoweit richtig gehandelt, als es die Gebührennachricht lediglich an den Patentinhaber zu 1), dessen Adresse bei der Patentanmeldung als Zustelladresse angegeben worden war, gesandt hat. Jedoch hätte auch der Patentinhaber zu 2) als Empfänger des Bescheids ausdrücklich genannt werden müssen. Denn dem Zustelladressaten (hier dem Patentinhaber zu 1) muss unzweifelhaft vermittelt werden, dass die Sendung nicht nur ihn, sondern auch den Streitgenossen (hier den Patentinhaber zu 2) betrifft. Der Vermerk „Kühn u.A.“ bringt die Beteiligung des Patentinhabers zu 2) nicht ausreichend zum Ausdruck. Außerdem hätte der Sendung gemäß § 8 Abs. 2 VwZG ein zweites Exemplar für den Patentanmelder zu 2) beigelegt werden müssen; wegen Fehlens eines gegenteiligen Hinweises muss davon ausgegangen werden, dass dies nicht geschehen ist. Die Verletzung dieser zwingenden Vorschrift macht die Zustellung unwirksam, ohne dass dieser Mangel nach § 9 VwZG geheilt werden könnte. Wenn gemäß § 8 Abs. 2 VwZG mehrere Exemplare eines Beschlusses oder Bescheids zugestellt werden müssen, setzt die Anwendung des § 9 VwZG nämlich voraus, dass seitens der Behörde der Wille hierzu überhaupt vorhanden war (siehe Senatsbeschluss vom 9. Dezember 2004 – Az. 10 W (pat) 40/04 – m.w.N.).“

In der oben zitierten Entscheidung hat das VG Koblenz ausgeführt: „Im vorliegenden Fall ist die Zustellung an die Prozessbevollmächtigten der Kläger gescheitert. Es kann offen bleiben, ob die Vollmacht vom 27. Mai 2000, die an sich nur das Vollstreckungsverfahren aus dem Bescheid vom 28. Januar 1999 betraf, auch die Entgegennahme von Zustellungen im Hinblick auf die geänderten, neuen Bescheide abdeckte. Denn jene Vollmacht war nur von dem Kläger zu 1) erteilt worden. Folglich war die Rechtsanwältin im Verhältnis zur Klägerin zu 2) eindeutig nicht zustellungsbevollmächtigt. Darüber hinaus hatte die Beklagte nur eine Ausfertigung zugestellt, obwohl sich der Bescheid an beide Kläger richtete. Folglich war die Zustellung an die Prozessbevollmächtigte gescheitert.

Eine Zustellung an die Kläger persönlich liegt schon begrifflich nicht vor. Die Beklagte hatte nicht die Absicht, den Klägern eine Urschrift, eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift zu übergeben. Vielmehr sollten die Kläger nur eine unbeglaubigte Durchschrift des Bescheids erhalten. Hinzu kommt, dass das Wort "Postzustellungsurkunde" auf dem die Kläger betreffenden Entwurf in der Verwaltungsakte mit Kugelschreiber durchgestrichen wurde. Unabhängig davon haben die Kläger lediglich ein Schriftstück erhalten, das an beide Kläger adressiert war. Im Ergebnis hatte keiner von ihnen den unmittelbaren Alleinbesitz erhalten.

Die gescheiterten Zustellungen sind auch nicht gemäß § 9 Abs. 1 VwZG geheilt worden. Die dort genannte Rechtsfolge, wonach ein Schriftstück in dem Zeitpunkt als zugestellt gilt, in dem es der Empfangsberechtigte nachweislich erhalten hat, greift erst dann ein, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Es muss also entweder eine formgerechte Zustellung vorliegen, die sich aus welchen Gründen auch immer nicht mehr nachweisen lässt, oder das Schriftstück muss unter Verletzung zwingender Zustellungsvorschriften zugegangen sein. Beides ist hier nicht der Fall. Denn eine Zustellung setzt voraus, dass die Behörde den Willen hatte, eine Zustellung vorzunehmen. Der erforderliche Zustellungswille wird durch die Merkmale dessen gekennzeichnet, was eine Zustellung im Sinne des § 2 VwZG ausmacht (BVerwG, Urteil vom 15.01.1988, NJW 1988, 1612). Will die Behörde nicht die erforderliche Anzahl von Ausfertigungen zum unmittelbaren Alleinbesitz übergeben, liegt kein Zustellungswille und infolgedessen auch keine Zustellung vor (OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 25.06.1986, NVwZ 1987, 899). Genau darin unterscheidet sich der vorliegende Fall von der Heilungsmöglichkeit, die das BVerwG in dem bereits zitierten Urteil vom 09. Dezember 1988, NVwZ 1989, 648 angenommen hatte.

Nach BVerwG NJW 1988, 1612 ff setzt die Anwendung des § 9 VwZG allerdings voraus, dass die Behörde den Willen hatte, eine Zustellung vorzunehmen (vgl. Urteile vom 19. Juni 1963 - BVerwG V C 198.62 - BVerwGE 16, 165 <166 f.> = Buchholz 340 § 9 VwZG Nr. 2 S. 2 <3 f.> und vom 29. April 1968 - BVerwG VIII C 19.64 - BVerwGE 29, 321 <322 f.> = Buchholz 340 § 9 VwZG Nr. 6 S. 19 <21>; zu § 187 ZPO: BGH, Urteil vom 10. Oktober 1952 - V ZR 159/51 - BGHZ 7, 268 <270>). Das ist jedoch der Fall. Der erforderliche "Zustellungswille" wird durch die Merkmale dessen gekennzeichnet, was eine Zustellung im Sinne des Verwaltungszustellungsgesetzes ausmacht. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 VwZG (besteht) die Zustellung in der Übergabe eines Schriftstücks in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift oder in dem Vorlegen der Urschrift (vgl. auch § 170 Abs. 1 ZPO). Es spricht vieles dafür, dass diese Vorschrift abschließend das Wesen der Zustellung im Sinne des Verwaltungszustellungsgesetzes bestimmt, während in § 2 Abs. 1 Sätze 2 und 3 VwZG lediglich die Form der Zustellung im Rahmen der im einzelnen genannten Zustellungsarten näher bezeichnet wird, und dass daher ein "Zustellungswille" immer schon dann vorliegt, wenn die Behörde das zuzustellende Schriftstück - wie hier - dem Empfangsberechtigten zuleitet. Das bedarf jedoch keiner abschließenden Erörterung. Selbst wenn für das Wesen der Zustellung nicht die zu bewirkende Übergabe des zuzustellenden Schriftstücks als solche, sondern nur die in gesetzlicher Form vorzunehmende und zu beurkundende Übergabe kennzeichnend sein sollte (vgl. Engelhardt, VwVG-VwZG, § 1 VwZG, Anm. 2 S. 100; Eyermann/Fröhler, VwGO, 8. Aufl., § 56 Rdnr. 1 S. 459; Kopp, VwGO, 7. Aufl., § 56 Rdnr. 4 S. 519; Redeker/von Oertzen, VwGO, 8. Aufl., § 56 Rdnr. 1 S. 313; ferner BGH, Urteile vom 15. Januar 1953 - IV ZR 180/52 - BGHZ 8, 314 <316> und vom 24. November 1977 - III ZR 1/76 - NJW 1978, 1858; Schumann in Stein/ Jonas, ZPO, 20. Aufl., Vorbem. vor § 166 I.1.; Thomas/Putzo, ZPO, 15. Aufl., Vorbem. vor § 166 I. S. 380), liegt hier - im Verhältnis zum Kläger - ein auch diese Voraussetzungen umfassender "Zustellungswille" der Beklagten vor; denn die Beklagte wollte dem Kläger den Musterungsbescheid förmlich zustellen, wie sich aus dem Zustellungsversuch an seine frühere Adresse in M. ergibt. Angesichts dessen findet § 9 Abs. 1 VwZG entgegen der Auffassung der Revision Anwendung (zu § 187 ZPO vgl. BGH, Beschluss vom 21. Dezember 1983 - IV b ZB 29/82 - NJW 1984, 926 f.). Der Musterungsbescheid gilt daher als am 29. April 1985, dem Tag des Empfangs durch die früheren Bevollmächtigten des Klägers, zugestellt. Er bildet die für die Einberufung vorausgesetzte Heranziehunggrundlage. "In der Entscheidung BVerwG NVwZ 1989, 648 lag „nur“ ein Formfehler vor.

Von der Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz, NVwZ 1987, 899 liegt mir leider nur ein nicht sehr aussagekräftiger Leitsatz vor: „Eine in einfacher Ausfertigung an beide Ehegatten gerichtete Beseitigungsverfügung ist - sofern sie mit einer zustellungspflichtigen Zwangsmittelandrohung verbunden ist - nichtig; dieser Fehler kann auch nicht geheilt werden.“

Aus den oben zitierten Entscheidungen ergibt sich m.E., dass einer Behörde immer dann der Zustellungswille fehlt, wenn bei der Zustellung an den Zustellungsbevollmächtigten nicht die ausreichende Anzahl von Ausfertigungen pp. beigelegt ist und - das erscheint mir entscheidend - die Zustellung an den Betreffenden erfolgt, weil er Zustellungsbevollmächtigter ist. Denn dann will die Behörde nicht die erforderliche Anzahl von Ausfertigungen zum unmittelbaren Alleinbesitz übergeben. Dann kann auch keine Heilung eintreten, da dann weder eine Zustellung vorliegt, deren Formwirksamkeit nicht feststellbar ist oder die entgegen zwingender Zustellungsvorschriften erfolgt ist. Dann liegt vielmehr tatbestandsmäßig gar keine Zustellung vor. Wird aber an den Zustellungsbevollmächtigten zugestellt, ohne dass dessen Zustellungsvollmacht berücksichtigt wird, dann wird zwar zum einen auch nur ein einziges Dokument zugestellt. Zum anderen liegt insoweit ein Formfehler vor, als dem Zustellungsbevollmächtigten wegen seiner Stellung im Verfahren auch für die anderen Beteiligten die entsprechenden Abschriften pp. hätten beigelegt werden müssen. Das ändert aber nichts daran, dass in diesem Fall der Wille der Behörde war, an den Zustellungsbevollmächtigten als Person zuzustellen, so dass - obwohl man wegen der Nichtbeachtung der Eigenschaft als Zustellungsbevollmächtigter auch hier von einer formwidrigen Zustellung auszugehen muss - in der Person des Zustellungsbevollmächtigten mit dem Erhalt des Dokuments eine Heilung eintritt. Denn die Zustellung an ihn geschah mit dem entsprechenden Willen der Behörde.

Anmerkung 2:

Bei der Frage, ob der Beschwerdeführer zu 2) rechtzeitig seine Beschwerdegebühr bezahlt hat, ist folgende noch offene Problematik zu beachten:

Die nach §§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 1 PatKostG für die Beschwerde maßgebliche Frist ist wegen des Zustellungsmangels nicht in Lauf gesetzt worden. Allerdings bestimmt § 3 Abs. 1 S. 1 PatKostG auch, dass eine Fälligkeit nach Vornahme der Handlung (Beschwerdeeinlegung, Nr. 1) eintritt, das würden dann eine Zahlungspflicht innerhalb von 3 Monaten nach Einlegung der Beschwerde bedeuten (§ 6 Abs. 1 S. 2 PatKostG). Hier stellt sich also die Frage, ob § 3 Abs. 1 S. 1 PatKostG einen Auffangtatbestand enthält. Dafür spricht, dass damit eine Verzögerung der Gebührenzahlung ad infinitum verhindert werden kann, die nur durch eine ordnungsgemäße Zustellung unterbrochen werden könnte. Gegen Annahme eines Auffangtatbestandes könnte die spezielle Regelung in § 3 Abs. 1 S. 1 le. HS PatKostG sprechen, da es für die Beschwerdefrist eine grundsätzlich andere gesetzliche Regelung gibt, nämlich in § 6 Abs. 1 s. 1 PatKostG. Allerdings bräuchte es dann die Aufführung der stets frist- und gebührenabhängigen Rechtsmittel in § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 PatKostG nicht.

Geht man von einem solchen Auffangtatbestand aus, kann das Gericht natürlich nicht abwarten, bis die Frist verstrichen ist, um dann festzustellen, dass die Beschwerde als nicht erhoben gilt. Vielmehr muss vorher ein entsprechender Hinweis ergehen.

Anmerkung 3:

Wie die meisten Bearbeiter richtig festgestellt haben, handelt es sich bei einem Widerspruch nicht um einen gegen Entscheidungen der Gebrauchsmusterabteilung bzw. des Beschwerdesenats gesetzlich vorgesehenen (statthaften) Rechtsbehelf bzw. um ein vorgesehenes Rechtsmittel. Daher ist das mit der falschen Formulierung wirklich Gewollte durch Auslegung zu ermitteln. Diese Auslegung kann sich aber nicht gegen das Interesse desjenigen richten, der eine falsche Bezeichnung verwendet. Denn eine entsprechende Äußerung eines nicht anwaltlich vertretenen Beteiligten wird dieser sicher nicht dahingehend verstanden wissen wollen, dass er einen unstatthaften Rechtsbehelf eingelegt hat, der dann - u.U. mit einer Kostenfolge versehen - zurückgewiesen werden muss. Prozessual ist im Zweifel (nur) das gewollt, was zulässig und zielführend ist. Daher ist eine „Auslegung“ des Widerspruchs gegen die Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrags in ein unstatthaftes Rechtsmittel unangebracht. Entsprechendes gilt für die Zurückweisung des eigenen Wiedereinsetzungsantrags. Denn insofern ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein derartiger Antrag nur dann gestellt wird, weil der Antragsteller - hier - irrtümlich von einer Fristversäumung ausgeht, daher der WE-Antrag nur für den Fall der Fristversäumung zum Tragen kommen soll, also letztlich wie ein Hilfsantrag zu behandeln ist.

Anmerkung 4:

Eine andere Auffassung ist hier selbstverständlich vertretbar, was dann zur Folge hat, dass jedenfalls die Fernsehübertragung als relevanter Stand der Technik dem Anspruch I neuheitsschädlich entgegen steht und die Beschwerde erfolgreich ist.

Tenor dann:

- I. Die Beschwerde gegen den Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts vom 21. Februar 2007 wird zurückgewiesen.
- II. Die Beschwerdeführer tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Nicht behandelte Probleme müssen ins Hilfgutachten.

Anmerkung 5:

Im Hinblick darauf, dass das Verfahren vor dem DPMA an mehreren Verfahrensfehlern leidet, wäre auch eine Rückzahlung der Beschwerdegebühr gemäß § 80 Abs. 3 PatG denkbar. Diese Entscheidung müsste dann als letzter Punkt in den Tenor aufgenommen werden:

4. Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr wird angeordnet.