

# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 195/00

---

**(Aktenzeichen)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 399 16 985.7**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 6. Februar 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Schülke sowie der Richter Kraft und Reker

beschlossen:

Die Beschwerde gilt als nicht eingelegt.

Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr wird angeordnet.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Die Markenstelle für Klasse 39 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Löschung der für die Dienstleistungen

„Personenbeförderung und Kurierdienste,,

eingetragenen Marke 399 16 985

siehe Abb. 2 am Ende

wegen des Widerspruchs aus der für die Dienstleistungen

„Transportwesen, nämlich Personenbeförderung mit Mietwagen, ins besondere Stadt- und Fernfahrten im Rahmen von Krankenfahrten, Rollstuhltransporten, Strahlen- und Dialysefahrten, Flughafentransfer; Kurierdienste,,

eingetragenen prioritätsälteren Marke 398 25 679.9

siehe Abb. 2 am Ende

angeordnet. Der Widersprechende hatte mit einem zuvor beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Schreiben die Löschung seiner eigenen Marke beantragt, die vom Amt jedoch erst nach Erlass und Zustellung der Widerspruchsentscheidung vollzogen worden ist.

Gegen den im Widerspruchsverfahren ergangenen Beschluss der Markenstelle hat der Markeninhaber rechtzeitig Beschwerde erhoben, jedoch die Beschwerdegebühr nicht innerhalb der Beschwerdefrist gezahlt. Auf eine diesbezügliche Mitteilung des Senats vom 6. September 2000 hat er die Gebühr mit Wirkung vom 24. September 2000 nachentrichtet und am 13. Oktober 2000 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt, zu deren Begründung er zunächst geltend gemacht hat, er halte § 66 Abs. 5 MarkenG für verfassungswidrig. Die Rechtsgewährung dürfe nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Beschwerdegebühr binnen

eines Monats gezahlt werde, weil dazu nicht jeder in der Lage sei. Am 6. November 2000 hat er weiter vorgetragen, nach der Zustellung des angefochtenen Beschlusses an seinen anwaltlichen Vertreter habe dieser ein Exemplar des Beschlusses mit einem Begleitschreiben an ihn weitergeleitet. Die dem Beschluss vom Deutschen Patent- und Markenamt beigefügte Rechtsmittelbelehrung sei aber versehentlich nicht mitübersandt worden, weshalb er - der Markeninhaber - die Beschwerdegebühr nicht eingezahlt habe. Der Vertreter des Markeninhabers sei davon ausgegangen, dass die Zahlung fristgemäß erfolgen werde. Wer im Büro des Vertreters seinerzeit die Übersendung der Beschlusszweitschrift postfertig gemacht habe, sei nicht mehr feststellbar. Die Postfertigmachung erfolge aber ausschließlich durch von dem Vertreter überwachte Rechtsanwaltsfachangestellte. Die Nichtübersendung der Rechtsmittelbelehrung sei eine einmalige Fehlleistung gewesen.

## II.

Die Beschwerde des Markeninhabers gilt als nicht erhoben, weil die Beschwerdegebühr nicht innerhalb der in § 66 Abs. 5 S. 2 iVm Abs. 2 MarkenG hierfür bestimmten Frist gezahlt worden ist und der Markeninhaber auch nicht ohne Verschulden an der Einhaltung dieser Frist verhindert war (§ 91 Abs. 1 MarkenG).

Die Bestimmung des § 66 Abs. 5 MarkenG, die die Rechtswirksamkeit von Beschwerden, die gegen Beschlüsse der Markenstellen und Markenabteilungen des Deutschen Patent- und Markenamts erhoben werden, von der Entrichtung einer Beschwerdegebühr binnen Monatsfrist abhängig macht, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Zur Begründung ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit bezieht sich der Senat in vollem Umfang auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs in der Sache „Einsteckschloß“ (GRUR 1982, 414, 416). Die vom Bundesgerichtshof der Prüfung auf verfassungsrechtliche Bedenken seinerzeit unterzogene Bestimmung des Patentgesetzes enthält eine, was die Zahlung einer Be-

schwerdegebühr und die hierfür bestimmte Frist betrifft, mit der Vorschrift des § 66 Abs. 5 MarkenG inhaltlich übereinstimmende Regelung, so dass die die Entscheidung des Bundesgerichtshofes tragenden Gründe auch im Hinblick auf die korrespondierende Bestimmung des MarkenG voll zum Tragen kommen.

Auch der Wiedereinsetzungsantrag des Markeninhabers ist nicht begründet, da die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr nicht ohne Verschulden versäumt wurde (§ 91 Abs. 1 MarkenG).

Ohne Verschulden ist eine Frist (nur) dann versäumt worden, wenn die unter Berücksichtigung der subjektiven Verhältnisse des Betroffenen zumutbare, verkehrsübliche Sorgfalt beachtet worden ist (BPatGE 24, 127, 129). Mangelnde Sorgfalt vertretungsberechtigter Personen ist wie eigenes Verschulden des Antragstellers zu werten (§ 82 Abs. 1 MarkenG iVm §§ 51 Abs. 2, 85 Abs. 2 ZPO). Der Anwalt muss alle Vorkehrungen treffen, die erforderlich und geeignet sind, Fristversäumnisse zu verhindern. Er muss insbesondere dafür Sorge tragen, dass ein Fristkalendar angelegt wird, und sicherstellen, dass dort alle Fristen eingetragen und kontrolliert werden und auch überwacht wird, ob eine Frist gewahrt ist (BGH LM § 232 ZPO Nr. 22). Soweit die Wirksamkeit einer fristgebundenen Erklärung von der Zahlung einer Gebühr abhängt, muss auch die Zahlungsfrist notiert und kontrolliert werden (BPatG GRUR 1974, 354).

Der Vortrag des Verfahrensbevollmächtigten des Markeninhabers in seiner Begründung des Wiedereinsetzungsantrags lässt erkennen, dass er schlicht „davon ausgegangen“ ist, der Markeninhaber selbst werde die Beschwerdegebühr zahlen. Seinem Sachvortrag ist – nicht– zu entnehmen, dass er die Frist für die Einzahlung der Beschwerdegebühr notiert und ihre Einhaltung durch den Markeninhaber kontrolliert hat. Von einer eigenverantwortlichen Zahlung hätte der Vertreter auch dann, wenn er die Rechtsmittelbelehrung des Deutschen Patent- und Markenamts an seinen Mandanten weitergeleitet hätte, nicht ohne weiteres ausgehen dürfen, da er selbst mit der Übernahme des Mandats zur eigenverantwortlichen Wahr-

nehmung der Interessen des Markeninhabers verpflichtet war und, wie die rechtzeitige Erhebung der Beschwerde zeigt, zur Einlegung dieses Rechtsmittels auch beauftragt war. Hätte er die Obliegenheit zur Zahlung der Beschwerdegebühr auf seinen Mandanten abwälzen wollen, so hätte es insoweit nicht nur der Übersendung des Beschlusses samt Rechtsmittelbelehrung, sondern außerdem eines unmissverständlichen Hinweises in einem Begleitschreiben bedurft, dass und bis zu welchem Zeitpunkt der Markeninhaber selbst für die Zahlung der Beschwerdegebühr zu sorgen hatte. Auch hierzu ist der Begründung zum Wiedereinsetzungsantrag nichts zu entnehmen. Für die Tatsachen, die eine Wiedereinsetzung rechtfertigen sollen, trifft den Antragsteller bzw seinen Vertreter aber die Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast (§ 91 Abs. 3 MarkenG).

Auf die Fragen der Ausbildung, Auswahl und Überwachung des Büropersonals des Verfahrensbevollmächtigten kommt es bei dieser Sach- und Rechtslage nicht mehr an.

Die Anordnung der Rückzahlung der Beschwerdegebühr gemäß § 71 Abs. 2 MarkenG resultiert aus dem Umstand, dass ein Rechtsgrund für die Einbehaltung der Gebühr fehlt, nachdem die Beschwerde des Markeninhabers wegen nicht rechtzeitiger Zahlung der Beschwerdegebühr als nicht eingelegt gilt (§ 66 Abs. 5 S. 2 MarkenG).

Schülke

Kraft

Reker

prä

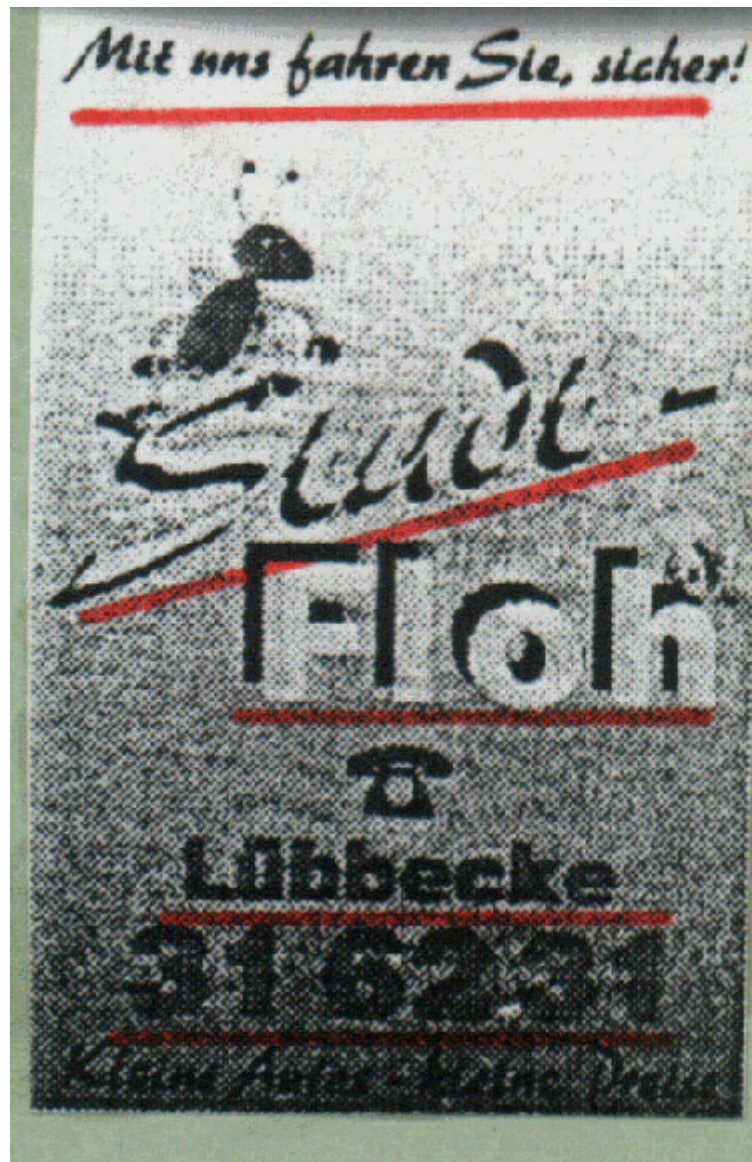


Abb. 2

