

# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 227/99

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung D 52 280/30 Wz**

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 7. Februar 2001 durch Richter Dr. Fuchs-Wisseemann als Vorsitzenden, Richterin Klante und Richter Sekretaruk

beschlossen:

1. Der Widereinsetzungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde gilt als nicht eingelegt.
3. Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr wird angeordnet.

**Gründe**

**I.**

Die Bezeichnung

Primadonna

ist zur Eintragung als Wortmarke angemeldet und bekanntgemacht worden.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der prioritätsälteren Marke 670 508

Primadonna

Nachdem die Markenstelle für Klasse 30 den Widerspruch durch einen Beamten des gehobenen Dienstes mangels Warenähnlichkeit zurückgewiesen hatte, hat die Erinnerungsprüferin der angemeldeten Marke die Eintragung mit Beschluß vom 1. September 1998 versagt. Dieser Beschluß wurde dem Verfahrensbevollmächtigten der Anmelderin am 22. September 1998 zugestellt. Mit einem am 22. Dezember 1998 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Schriftsatz hat die Anmelderin Beschwerde eingelegt und zugleich Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt.

Zur Begründung trägt sie vor, aufgrund eines nicht mehr aufklärbaren Kanzleiversehens sei die am 22. Oktober 1998 abgelaufene Beschwerdefrist versäumt worden. Die Mitarbeiterin ihres Verfahrensbevollmächtigten, Frau Sch..., sei seit über 10 Jahren mit den Aufgaben einer Rechtsanwaltsgehilfin und insbesondere der Organisation der Kanzlei betraut. Diese habe dem Rechtsanwalt den Beschluß vom 1. September 1998 und das Empfangsbekenntnis mit Eingangsstempel vom 22. September 1998 in einer Unterschriftenmappe vorgelegt. Das von ihm unterzeichnete Empfangsbekenntnis habe Frau Sch... dann zurückgesandt. Danach habe diese aber offenbar die Beschwerdefrist nicht in der sonst üblichen Weise festgehalten, so daß deren Ablauf nicht bemerkt worden sei. Ein Auftrag zur Einlegung der Beschwerde sei nicht vor Ablauf der Monatsfrist erteilt worden, da es wegen einer Erkrankung ihres Geschäftsführers zu "Informationslücken" gekommen sei.

Zur Glaubhaftmachung hat die Anmelderin eine eidesstattliche Erklärung der Frau Sch... vom 22. Dezember 1998 vorgelegt.

## II.

Der form- und fristgerecht eingelegte Wiedereinsetzungsantrag (§ 91 Abs 2 MarkenG) ist unbegründet, da sowohl ein Verschulden der Anmelderin selbst als auch ihres Vorfahrensbevollmächtigten zur Fristversäumung geführt haben.

Nach § 91 Abs 1 Satz 1 MarkenG kann Wiedereinsetzung gewährt werden, wenn der Antragsteller glaubhaft darlegt, daß er ohne Verschulden verhindert war, eine Frist einzuhalten, deren Versäumnis nach gesetzlichen Vorschriften einen Rechtsnachteil zur Folge hat. Dem Antragsteller ist dabei ein Verschulden seines Verfahrensbevollmächtigten, nicht jedoch das Verschulden des Büropersonals des Verfahrensbevollmächtigten zuzurechnen (§ 82 Abs 1 MarkenG, § 85 Abs 2 ZPO). Bei der Beurteilung des Verschuldens ist als Maßstab die Beachtung der üblichen, im Einzelfall zumutbaren Sorgfalt zugrunde zu legen, wobei die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht nicht überspannt werden dürfen (vgl BGH NJW 1985, 1 710).

Demnach hat die Anmelderin nicht glaubhaft machen können, daß sie ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist zur Einlegung der Beschwerde und zur rechtzeitigen Zahlung der Beschwerdegebühr spätestens einen Monat nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses (22. September 1998) am 22. Oktober 1998 gehindert war. Vielmehr ergibt sich aus dem Vortrag der Anmelderin und der eingereichten eidesstattlichen Erklärung von Frau Sch..., daß es die Anmelderin selbst versäumt hat, ihren Verfahrensbevollmächtigten mit der Einlegung der Beschwerde zu beauftragen. Soweit in der eidesstattlichen Erklärung pauschal von einer Erkrankung des Geschäftsführers der Anmelderin die Rede ist, vermag dies nicht glaubhaft zu machen, daß die Anmelderin nicht in der Lage war, rechtzeitig vor Ablauf der Rechtsmittelfrist einen entsprechenden Auftrag zu erteilen, nachdem sie den Beschluß vom 1. September 1998 mit Rechtsmittelbelehrung einschließlich Hinweis auf die Beschwerdefrist von ihrem Rechtsanwalt zugesandt erhalten hatte. Denn bei der Darlegung, welche Umstände die Fristversäumung verursacht haben, ist größtmögliche Sorgfalt und

Genauigkeit geboten. Wiedereinsetzung kann nicht gewährt werden, wenn die Möglichkeit eines Verschuldens nicht ausgeräumt ist (vgl. BGH NJW 1996, 319; 1997, 327; NJW – RR 1997, 1 153). Demgemäß hätte die Anmelderin im einzelnen darlegen und glaubhaft machen müssen, inwieweit eine Erkrankung ihres Geschäftsführers vor Ablauf der Rechtsmittelfrist einen Auftrag an ihren Verfahrensbevollmächtigten, Beschwerde einzulegen, letztlich ausschloß. Insbesondere hätte vorgetragen werden müssen, warum nicht durch eine Vertretung die geeigneten Vorkehrungen hätten getroffen werden können, um die Frage einer Beschwerdeeinlegung und einen entsprechenden Auftrag an ihren Rechtsanwalt zu prüfen. Demgemäß ist zu Lasten der darlegungspflichtigen Anmelderin davon auszugehen, daß sie schuldhaft versäumte, rechtzeitig einen Auftrag zur Einlegung des Rechtsmittels zu erteilen. Wäre dies geschehen, hätte es nicht zur Versäumung der Frist durch ihren Verfahrensbevollmächtigten kommen können, da ihr Verfahrensbevollmächtigter dann auch ohne Notierung dieser Frist im Rechtsmittelkalender erfahren hätte, daß er bis zum 22. Oktober 1998 Beschwerde einlegen mußte.

Darüber hinaus hat aber ein Verschulden des Verfahrensbevollmächtigten zur Versäumung der Frist geführt. Der Rechtsanwalt darf das Empfangsbekanntnis über eine Zustellung erst unterzeichnen und zurückgeben, wenn in den Handakten die Rechtsmittelfrist festgehalten und vermerkt worden ist, daß die Frist im Fristenkalender notiert worden ist (BGH NJW 1996, 1900). Diese Sorgfaltspflicht hat der Verfahrensbevollmächtigte der Anmelderin verletzt, als er am 22. September 1998 das Empfangsbekanntnis unterzeichnete, ohne zuvor die Notierung der Rechtsmittelfrist sichergestellt zu haben (vgl. BGH NJW 1996, 1901). Aus der eidesstattlichen Erklärung von Frau Sch... ergibt sich, daß sie lediglich den Beschluß vom 1. September 1998 und das Empfangsbekanntnis mit Eingangsstempel 22. September 1998 in einer Unterschriftenmappe vorgelegt hat, so daß sich der Verfahrensbevollmächtigte der Anmelderin bewußt dem Risiko aussetzte, daß die Frist zur Einlegung der Beschwerde möglicherweise noch nicht im Fristenkalender vermerkt war. Damit hat diese unsachgemäße Handhabung, die sich die Anmelde-

rin nach § 82 Abs 1 MarkenG in Verbindung mit § 85 Abs 2 ZPO zurechnen lassen muß, zu der Fristversäumnis geführt.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand war sonach zurückzuweisen, worüber entgegen dem Antrag der Anmelderin auf mündliche Verhandlung schriftlich entschieden werden konnte, weil § 70 Abs 2 MarkenG die Verwerfung der unzulässigen Beschwerde und damit auch die Zurückweisung des Wiedereinsetzungsgesuchs ohne mündliche Verhandlung vorsieht (vgl Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Auf, § 91 Rdn 30; BPatGE 16, 47, 49).

Nach § 66 Abs 5 Satz 2 MarkenG gilt die Beschwerde als nicht eingelegt, weil die Beschwerdegebühr nicht fristgerecht eingezahlt worden ist. Dementsprechend ist die Beschwerdegebühr zurückzuzahlen. Sie wird nur unter der Voraussetzung fällig, daß die Beschwerde als eingelegt gilt. Dies ist hier jedoch nicht der Fall, so daß die Beschwerdegebühr ohne Rechtsgrund gezahlt worden ist.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Sekretaruk

Klante

Hu