



# BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 59/06

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 303 52 531**

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 2. November 2007 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Bayer und des Richters Merzbach



beschlossen:

1. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde gilt als nicht eingelegt.

## **Gründe**

### **I.**

Die Wortmarke

## **Thyromol**

ist am 3. Februar 2004 für

„Rezeptfreie, bilanzierende Nahrungsergänzungen bei Schilddrüsenerkrankungen“

in das Markenregister unter der Nummer 303 52 531 eingetragen worden.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der älteren, unter der Nummer 1 072 849 für

„Verschreibungspflichtige Schilddrüsentherapeutika“

eingetragenen Wortmarke

## **Thyrozol**

Die Markenstelle für Klasse 05 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 7. April 2006 den Widerspruch zurückgewiesen, da zwischen beiden Marken keine Verwechslungsgefahr bestehe.

Die an die Widersprechende adressierte Ausfertigung des Beschlusses hat die Postabsendestelle des Deutschen Patent- und Markenamts am 27. April 2006 zur Post gegeben.

Am 6. Mai 2006 ist beim Deutschen Patent- und Markenamt eine Beschwerde der Widersprechenden eingegangen. In dem Schreiben wird hinsichtlich der tarifgemäßen Gebühr auf eine Einzugsermächtigung Bezug genommen, die dem Schreiben jedoch nicht beigelegt war. Die tarifgemäße Gebühr ist bis zum Ablauf der gesetzlichen Beschwerdefrist nicht eingezahlt worden. Auf einen Hinweis des Bundespatentgerichts vom 6. Dezember 2006 zu der unterbliebenen Einzahlung der Beschwerdegebühr hat die Widersprechende mit Schriftsatz vom 22. Dezember 2006 eine Einzugsermächtigung für die tarifgemäße Beschwerdegebühr mit Datum vom 22. Dezember 2006 vorgelegt. Sie hat dazu vorgetragen, dass aufgrund eines Büroversehens die entsprechend vorbereitete und unterzeichnete Einzugsermächtigung nicht dem Beschwerdeschreiben vom 4. Mai 2006 beigelegt worden sei. Dieses Versehen sei nur damit zu erklären, dass die ansonsten zuverlässig und akkurat arbeitende Assistenz des Bevollmächtigten es versäumt habe, die entsprechend vorbereitete Einzugsermächtigung dem zu diesem Zeitpunkt schon unterzeichneten Schreiben beizulegen.

Auf Hinweis des Gerichts mit Bescheid vom 9. August 2007 hat die Widersprechende vorgetragen, dass ihr Vortrag so zu verstehen sei, dass eine Einzugsermächtigung nicht vorbereitet gewesen und deshalb auch dem Beschwerdeschreiben vom 4. Mai 2006 nicht beigelegt worden sei.

Die Widersprechende hat ferner zur Glaubhaftmachung ihres Vorbringens zwei eidesstattliche Versicherungen vom 19. September 2007 eingereicht.

Sie beantragt sinngemäß,

der Widersprechenden hinsichtlich der versäumten Frist zur Einzahlung der Beschwerdegebühr Wiedereinsetzung zu gewähren,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 05 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 7. April 2006 aufzuheben und die Verwechslungsgefahr zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke festzustellen.

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zu dem Wiedereinsetzungsantrag der Widersprechenden hat er keine Stellungnahme abgegeben. In der Sache selbst fehle es an einer Verwechslungsgefahr zwischen beiden Marken.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Aktenakte sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerde gilt als nicht eingelegt, weil eine Zahlung der Beschwerdegebühr nicht fristgemäß erfolgt ist und die Fristversäumung nicht unverschuldet ist.

Nach § 82 Abs 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 1 Satz 1 PatKostG ist die Beschwerdegebühr innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses zu zahlen. Andernfalls gilt die Beschwerde als nicht eingelegt. Der angegriffene Beschluss, der mit am 27. April 2006 zur Post gegebenem Einschreibebrief über-

sandt worden ist, gilt als am 30. April 2006 zugestellt (§§ 94 Abs. 1 MarkenG, 4 Abs. 1 VwZG), so dass die einmonatige Beschwerdefrist nach § 66 Abs. 2 MarkenG sowie die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr am 30. Mai 2007 ablaufen. Eine Zahlung innerhalb dieser Frist ist nicht eingegangen. Da die fristgerechte Zahlung der Beschwerdegebühr als Wirksamkeitsvoraussetzung der Statthaftigkeit und der Zulässigkeit des Rechtsmittels vorgeschaltet und von ihr abhängt, ob das Beschwerdeverfahren überhaupt anhängig ist (vgl. BGH, GRUR 1982, 414, 4416 - Einsteckschloß; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 66 Rdnr. 40); ist die Beschwerde nicht als unzulässig zurückzuweisen, sondern gilt nach § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 2 PatKostG als nicht eingelegt.

Der Widersprechenden kann keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden, da die Fristversäumung nicht unverschuldet war (MarkenG, § 91 Abs. 1). Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist zwar form- und fristgerecht beantragt und die versäumte Handlung auch innerhalb der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt worden.

In der Sache selbst hat der Antrag jedoch keinen Erfolg. Der Sachvortrag der Widersprechenden rechtfertigt nicht die Feststellung, dass sie bzw. ihr Bevollmächtigter, deren Verhalten ihr nach ZPO § 85 Abs. 2 i. V. m. § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG zuzurechnen ist, ohne eigenes Verschulden verhindert war, die vorgenannten Fristen einzuhalten, was jedoch Voraussetzung für die Gewährung der Wiedereinsetzung in die versäumten Fristen ist (§ 91 Abs. 1 MarkenG).

Verschuldet ist grundsätzlich das Übersehen oder Vergessen eines Termins, einer Frist oder der Vornahme einer fristwahrenden Handlung. Nur wenn solche Fehler allein auf das Verhalten Dritter, insbesondere des Büropersonals zurückzuführen sind, kommt eine Wiedereinsetzung in Betracht (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, § 233 Rdnr. 15), nicht hingegen, wenn die Partei oder ihr Vertreter ein eigenes (Mit)Verschulden trifft oder sie Fehlleistungen Dritter i. S. eines Aufsichts-, Organisations- oder Informationsverschuldens selbst zu verantworten haben (vgl. Zöller,

ZPO, 22. Aufl., § 233 Rdnr. 20; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 91 Rdnr. 11).

Nachdem die Widersprechende mit Schriftsatz vom 19. September 2007 klargestellt hat, dass zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Beschwerdeschrift durch ihren Bevollmächtigten eine Einzugsermächtigung nicht vorlag, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die unterbliebene Einzahlung allein auf ein Versehen der Assistentin des Bevollmächtigten, für welches die Widersprechende nicht einstehen müsste, zurückzuführen ist. Vielmehr trifft die Widersprechende bzw. ihren Bevollmächtigten eine Mitverantwortung an der Fristversäumung, da auf die Assistentin Arbeiten delegiert wurden, die ihr nicht in diesem Umfang hätten übertragen werden dürfen.

Die Anfertigung von Rechtsmittelschriften obliegt der eigenverantwortlichen Erledigung der Partei bzw. ihres Bevollmächtigten. Diese für die Anfertigung geltenden Grundsätze erstrecken sich im patentgerichtlichen Widerspruchsverfahren auch darauf, dass die zur wirksamen Rechtsmitteleinlegung notwendige tarifgemäße Gebühr ebenfalls rechtzeitig innerhalb der Beschwerdefrist gezahlt wird. (vgl. BPatG PAVIS PROMA 30 W (pat) 99/95 - rent a tel/telerent). Die zur form- und fristgerechten Einlegung eines Rechtsmittels erforderlichen Arbeiten sind keine bloßen untergeordneten Tätigkeiten, die der Bevollmächtigte auf geschultes Büropersonal delegieren darf, sondern Gegenstand der eigenverantwortlich von ihm selbst zu erbringenden Leistung (vgl. BPatG PAVIS PROMA 30 W (pat) 163/97; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 91 Rdnr. 14). Lediglich gewisse einfache Verrichtungen wie z. B. die Absendung eines bereits gefertigten und unterschriebenen Schriftsatzes können zur selbständigen Erledigung auf geschultes und zuverlässiges Büropersonal übertragen werden (vgl. dazu Zöller-Greger, ZPO, 26. Aufl., § 233 Rdnr. 23 zum Stichwort „Büropersonal und - organisation“).

Die Widersprechende bzw. ihr Bevollmächtigter durfte daher die zur Einzahlung der tarifgemäßen Gebühr erforderlichen Arbeiten nicht der eigenverantwortlichen Erledigung seiner Assistentin übertragen, ohne eigene Vorkehrungen und Kontrollmaßnahmen für eine rechtzeitige Erledigung der fristgebundenen Handlungen z. B. in Form einer Vorlage- oder Gegenzeichnungspflicht zu treffen bzw. zu veranlassen. Die Bedeutung einer rechtzeitigen Einzahlung der tarifgemäßen Gebühr verbietet es daher, diesen Vorgang oder wesentliche Teile davon wie z. B. die Einholung einer Einzugsermächtigung vollständig auf Büropersonal zu delegieren. Zwar kann die Absendung bzw. Übermittlung der zur Einlegung eines wirksamen Rechtsmittels erforderlichen Unterlagen ohne weiteres auf entsprechend qualifiziertes Büropersonal übertragen werden; hingegen hat die Widersprechende bzw. ihr Bevollmächtigter selbst dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Unterlagen beigebracht bzw. die entsprechenden Maßnahmen rechtzeitig veranlasst werden. Eine eigenverantwortliche Erledigung der zur form- und fristgerechten Beschwerdeeinlegung erforderlichen Maßnahmen kann daher bei einer solchen vollständigen Übertragung der für die Zulässigkeit des Rechtsmittels wesentlichen Maßnahmen nicht mehr angenommen werden; jedenfalls sind die zur Fristwahrung notwendigen organisatorischen Maßnahmen nicht ausreichend eingehalten. Für gewerbliche Betriebe, in denen die Aufgabe, Fristen zu notieren und zu kontrollieren bzw. sonstige fristgebundene Maßnahmen auszuführen, auf Angestellte zur Wahrnehmung in eigener Verantwortung übertragen worden ist, gelten dabei hinsichtlich der Büroorganisation dieselben Grundsätze wie für ein Rechtsanwaltsbüro (z. B. BGH VersR 1989, 930).

Der Senat sieht daher keinen Grund für die Gewährung der Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr.

Kliems

Bayer

Merzbach

Na

