



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 51/08

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 304 20 480

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 18. Februar 2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Bayer und des Richters Merzbach

beschlossen:

1. Der Antrag der Inhaberin der angegriffenen Marke auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Einlegung der Beschwerde gegen den Beschluss der Markenstelle für Klasse 05 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 6. Juni 2008 wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde gegen den vorgenannten Beschluss wird als unzulässig verworfen.

Gründe

I.

Die Wortmarke

AGILTERA

ist am 10. November 2004 für die Waren

"pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege"

in das Markenregister unter der Nummer 304 20 480 eingetragen worden.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der älteren, unter der Nummer 300 85 660 für die Waren

"Seifen; Parfümerien, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel; pharmazeutische

und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Desinfektionsmittel; Medizinprodukte soweit in Klasse 05 enthalten"

eingetragenen Wortmarke

Agilera.

Die Markenstelle für Klasse 05 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit zwei Beschlüssen vom 23. Februar 2007 und 6. Juni 2008, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, eine Verwechslungsgefahr zwischen beiden Marken bejaht und die angegriffene Marke 304 20 480 gelöscht.

Der im Erinnerungsverfahren ergangene Beschluss wurde dem Verfahrensbevollmächtigten der Inhaberin der angegriffenen Marke am 23. Juni 2008 zugestellt.

Mit beim Deutschen Patent- und Markenamt per Fax am 28. Juli 2008 eingegangenem Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom selben Tag hat die Inhaberin der angegriffenen Marke gegen den Beschluss vom 6. Juni 2008 Beschwerde eingelegt und gleichzeitig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Die Beschwerdegebühr wurde bereits am 8. Juli 2008 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingezahlt.

Zur Begründung ihres Wiedereinsetzungseinsetzungsantrags trägt sie im Wesentlichen vor, dass ihr Verfahrensbevollmächtigter nach seiner Rückkehr aus dem Urlaub zunächst seine Arbeit aufgrund akuter allergischer Beschwerden bis einschließlich 27. Juli 2008 nicht hätte aufnehmen können. Infolge dessen sei die Beschwerde nicht fristgerecht am 23. Juli 2008, sondern erst 5 Tage später eingelegt worden.

Sie beantragt sinngemäß,

ihr hinsichtlich der versäumten Frist zur Einlegung der Beschwerde gegen den Beschluss der Markenstelle vom 6. Juni 2008 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

In der Sache selbst hat sie bislang keinen Antrag gestellt.

Die Widersprechende hat sich zum Wiedereinsetzungsantrag der Inhaberin der angegriffenen Marke nicht geäußert.

Der Senat hat die Inhaberin der angegriffenen Marke mit Bescheid vom 18. November 2008 auf die Erforderlichkeit der Glaubhaftmachung der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen nach § 91 Abs. 3 Satz 2 MarkenG hingewiesen. Ferner bedürfe es des Vortrags, warum die fristwahrende Handlung nicht durch einen Vertreter des Verfahrensbevollmächtigten vorgenommen worden ist. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat sich dazu nicht mehr geäußert.

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

II.

Die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke ist unzulässig.

1. Nach § 66 Abs. 2 MarkenG ist die Beschwerde gegen die Entscheidung der mit einem Beamten des höheren Dienstes besetzten Markenstelle innerhalb eines Monats einzulegen.

Da die Beschwerdefrist für die Inhaberin der angegriffenen Marke am 23. Juli 2008 abgelaufen war, nachdem ihrem Verfahrensbevollmächtigten die angefochtene Entscheidung am 23. Juni 2008 zugestellt worden war, die Beschwerde aber erst per Fax am 28. Juli 2008 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingelegt wurde, ist diese unzulässig und damit nach § 70 Abs. 2 MarkenG zu verwerfen.

2. Der Inhaberin der angegriffenen Marke kann dagegen keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden, da nicht festgestellt werden kann, dass die Fristversäumung 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 kann der Antrag jedoch schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die Inhaberin der angegriffenen Marke trotz eines entsprechenden Hinweises des Senats die zur Wiedereinsetzung vorgetragene Tatsache der krankheitsbedingten Verhinderung ihres Verfahrensbevollmächtigten, dessen Verhalten ihr nach ZPO § 85 Abs. 2 i. V. m. § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG zuzurechnen ist, nicht in der gebotenen Form des § 294 ZPO glaubhaft gemacht hat, was jedoch Voraussetzung für die Gewährung der Wiedereinsetzung in die versäumte Frist ist (§ 90 Abs. 3 Satz 2 MarkenG). Es wurde weder eine eidesstattliche Versicherung vorgelegt, noch stellt das schriftsätzliche Vorbringen des Sachverhalts durch den Vertreter der Inhaberin der angegriffenen Marke eine anwaltliche Versicherung dar.

Unabhängig davon erlaubt allein der Vortrag der Inhaberin der angegriffenen Marke zu einer Erkrankung ihres Verfahrensbevollmächtigten nicht die Feststellung, dass sie ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist zur Einlegung der Beschwerde gehindert war. Dazu hätte es vielmehr auch der Darlegung bedurft, warum die fristwahrende Handlung nicht durch einen Vertreter des Verfahrensbevollmächtigten vorgenommen worden ist, worauf der Senat ebenfalls mit Bescheid

vom 18. November 2008 hingewiesen hat. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass auch bei einer unvorhergesehenen Erkrankung der beauftragte Rechtsanwalt die Maßnahmen ergreifen muss, die ihm möglich und zumutbar sind (vgl. BGH NJW 2008, 3571, 3572 Tz. 9, 12). Es hätte daher eines (ergänzenden) Vortrags bedurft, wieso es dem Verfahrensbevollmächtigten der Inhaberin der angegriffenen Marke aufgrund der bereits seit seiner Urlaubsrückkehr am 18. Juli 2008 bestehenden Erkrankung jedenfalls bis zum hier maßgeblichen Tag des Fristablaufs am 23. Juli 2008 nicht möglich gewesen ist, eine rechtzeitige Beschwerdeeinlegung durch einen Vertreter zu veranlassen. Angesichts der sich über mehrere Tage erstreckenden Erkrankung wäre er grundsätzlich verpflichtet gewesen, jedenfalls bis zum 23. Juli 2008 für einen Vertreter zu sorgen (vgl. BGH a. a. O. Tz. 9). Dass ihm dies aufgrund seiner Erkrankung und ihren Auswirkungen nicht möglich oder zumutbar war, ist weder vorgetragen noch bestehen dafür Anhaltspunkte.

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

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bietet der Streitfall keinen Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

Kliems

Bayer

Merzbach

Pü