



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 38/05

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 397 43 476
(hier: Lösungsverfahren SB 532/03
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 26. Oktober 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel sowie der Richterin Schwarz-Angele und des Richters Paetzold

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die am 20. März 1998 für verschiedene Waren der Klassen 10, 11, 12, 20 und 25 eingetragene Wortmarke „Perfetti“ ist mit Schriftsatz vom 25. November 2003 Lösungsantrag wegen Verfalls gestellt worden, dem die Markeninhaberin nicht innerhalb der gesetzlichen 2-Monats-Frist des § 54 MarkenG widersprochen hat. Auf die Mitteilung der Markenabteilung vom 2. Juni 2004 über die Löschung hat die Markeninhaberin mit Schriftsatz vom 1. Juli 2004 „Widerspruch“ erhoben und sodann Wiedereinsetzung mit der Begründung beantragt, die Fristversäumung beruhe auf einem Büroversehen in der Kanzlei ihrer Verfahrensbvollmächtigten, die von ihr nach Erhalt des Lösungsantrags Mitte Januar 2004 bereits mit Schreiben vom 27. Januar beantragt worden seien, Widerspruch gegen die Löschung einzulegen. Dieses Schreiben sei jedoch von einer Kanzleiangestellten versehentlich in eine falsche Akte einsortiert und dem Anwalt nicht vorgelegt worden.

Die Markenabteilung hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen, da die Fristversäumung durch ein schuldhaftes Verhalten der Verfahrensbevollmächtigten (Organisationsmangel) verursacht worden sei, das sich die Markeninhaberin anrechnen lassen müsse. Mit der hiergegen gerichteten Beschwerde verfolgt die Markeninhaberin ihr Begehren auf Wiedereinsetzung weiter und beruft sich nach wie vor auf ein Fehlverhalten von ansonsten stets zuverlässigen und regelmäßig überprüften Hilfspersonen, für das sie nicht einzustehen habe.

II.

Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist von 2 Monaten zur Erhebung des Widerspruchs gegen den Löschungsantrag (§ 54 Abs 3 MarkenG) ist zwar statthaft und erfüllt auch die formalen Voraussetzungen, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Wiedereinsetzung in eine versäumte Frist erhält nach § 91 Abs 1 Satz 1 MarkenG auf Antrag, wer ohne Verschulden verhindert war, dem Patentamt oder dem Patentgericht gegenüber eine Frist einzuhalten, deren Versäumung nach gesetzlicher Vorschrift einen Rechtsnachteil zur Folge hat. Der Antrag muss die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten, die gleichzeitig oder im Verfahren über den Antrag glaubhaft zu machen sind (§ 91 Abs 2, Abs 3 MarkenG). Das betrifft alle wesentlichen Umstände, die für die Frage von Bedeutung sind, auf welche Weise und durch wessen Verschulden es zur Fristversäumung gekommen ist; dazu gehören vor allem auch die Umstände, aus denen sich ergibt, dass der Säumige oder sein Vertreter (vgl §§ 51 Abs 2, 85 Abs 2 ZPO) frei von Verschulden ist. Ohne Verschulden ist eine Frist versäumt, wenn die übliche Sorgfalt aufgewendet worden ist, deren Beachtung im Einzelfall zumutbar war.

Der Sachvortrag der Markeninhaberin ist nicht geeignet, die Feststellung zu erlauben, dass die notwendige Sorgfalt vorliegend aufgewandt worden und die Fristversäumung unverschuldet ist.

Der Löschungsantrag ist der Markeninhaberin mit einem entsprechenden Anschreiben der Markenabteilung und dem Hinweis, dass die Löschung vollzogen werde, wenn dem Antrag nicht binnen 2 Monaten widersprochen werde, mit am 12. Januar 2004 zur Post gegebenen Einschreiben zugestellt worden. Fristablauf war damit der 15. März 2004, während die Markeninhaberin auf den Löschungsantrag erstmals mit Schreiben vom 2. Juli 2004 reagiert hat, nachdem sie von der erfolgten Löschung in Kenntnis gesetzt worden war.

Für den Senat kann dahingestellt bleiben, ob die Fristversäumung - wie die Markenabteilung angenommen hat - auf einem nicht entschuldbaren Büroversehen bei den Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin beruht, denn die Aktenlage sowie das eigene Vorbringen der Markeninhaberin lässt für den Senat nur den Schluss zu, dass der Grund für Fristversäumung im Geschäftskreis der Markeninhaberin selbst liegt und die Versäumnis ersichtlich auf fehlender Kenntnis des materiellen wie formellen Markenrechts beruht.

Dazu ist folgende Vorgeschichte von Bedeutung: Die Markeninhaberin hatte im August 2003 gegen die Markenmeldung 303 05 713.0 der jetzigen Löschungsantragstellerin Widerspruch erhoben, worauf diese mit Schriftsatz vom 11. November 2003 die Einrede der Nichtbenutzung erhoben hatte verbunden mit einer Lösungsandrohung, ohne dass die damals noch nicht anwaltlich vertretene Markeninhaberin darauf reagiert hat, obwohl sie von der Markenstelle zur Glaubhaftmachung der Benutzung binnen 2 Monaten aufgefordert worden war.

Bei Zustellung des der Ankündigung folgenden Löschungsantrags im Januar 2004 hat die Markeninhaberin offensichtlich nicht erkannt, dass es sich hierbei um 2 getrennte Verfahren handelte, sondern war anscheinend immer noch rechtsirrig der Meinung, sie müsse lediglich die Benutzung nachweisen. Dementsprechend existiert entgegen dem Vorbringen der Markeninhaberin auch kein Auftrag an die nunmehr erst eingeschalteten Verfahrensbevollmächtigten vom 27. Januar 2004 zur Einlegung des Widerspruchs, sondern bei dem nunmehr zu den Akten ge-

reichten Schreiben handelt es sich lediglich um eine allgemeine Anfrage der Markeninhaberin an ihre Anwälte im Rahmen verschiedener anderweitiger Verfahren mit fremden Parteien, sowie anscheinend den Versuch, für das Widerspruchsverfahren Benutzungsunterlagen in Form von Rechnungen, Prospekten uä beizubringen. In einer Anlage ist dazu wörtlich ausgeführt:

ATO Form GmbH ./ Schön Klinik

AZ 1009 aus 2003

Das letzte was ich in Bezug auf obiges AZ gehört habe datiert vom 12. Januar 2004, wonach eine Berufungsbegründung von Euch gefertigt und anschließend an mich weitergeleitet wird. Ist dies so richtig?

Diesem Schreiben war ein Antrag des Gegners auf Löschung der Registrierung „Perfetti“ beigefügt. Bitte kommentieren Sie dies und erläutern Sie das weitere Vorgehen.

Mittlerweile haben wir eine Gerichtskostenrechnung über einen Betrag von ... bekommen, die ich zur Zahlung freigegeben habe. Ist dies so korrekt?

Siehe Anlage Deutsches Patent- und Markenamt

Die Frage der Einlegung eines Widerspruchs gegen den Löschungsantrag wird in diesem Schreiben genauso wenig angesprochen wie die vom Deutschen Patent- und Markenamt im Widerspruchsverfahren gesetzte Frist zur Glaubhaftmachung der Benutzung bzw die gesetzliche Frist nach § 54 Abs 3 MarkenG, auf die das Deutsche Patent- und Markenamt bei Übersendung des Löschungsantrags ausdrücklich hingewiesen hatte.

Bezeichnenderweise haben selbst die Anwälte der Markeninhaberin zunächst nicht erkannt, dass hier 2 getrennte Streitverfahren anhängig waren, denn noch mit Schriftsatz vom 13. September 2004 haben sie gegen den im Widerspruchsverfahren 303 05 713 am 5. August 2004 ergangenen Beschluss, mit dem der Widerspruch wegen Löschung der Widerspruchsmarke als unzulässig verworfen worden war, nicht nur unter dem Aktenzeichen des vorliegenden Verfahrens Erin-

nerung eingelegt, sondern auch in der irrigen Annahme, es handele sich um das hier streitgegenständliche Verfahren, wie sich aus der Betreffzeile und dem Text der Erinnerungsbegründung entnehmen lässt.

Bei dieser Ausgangslage hätte die Markeninhaberin primär vortragen müssen, weshalb sie selbst gehindert war, rechtzeitig auf die Aufforderung des Deutschen Patent- und Markenamts zur Widerspruchseinlegung zu reagieren bzw warum sie sich nicht rechtzeitig und in eindeutiger Weise anwaltlicher Hilfe bedient hat, was nicht geschehen ist und nach Ablauf der Fristen des § 91 MarkenG auch nicht mehr nachgeholt werden kann. Beruht, wovon der Senat ausgeht, die Versäumung auf fehlender Rechtskenntnis, liegt hierin aber kein Wiedereinsetzungsgrund, denn es gehört zur verkehrsüblichen Sorgfalt eines Gewerbetreibenden, sich in der Spezialmaterie der Markensachen rechtzeitig entweder durch geeignetes eigenes Fachpersonal oder durch auf dieses Rechtsgebiet spezialisierte Rechts- oder Patentanwälte beraten zu lassen. Wird hingegen wie vorliegend die Rechtsverfolgung in die eigene Hand genommen und werden dabei trotz umfassender Belehrung und Hinweise durch das Deutsche Patent- und Markenamt mangels ausreichender eigener Kenntnisse Fristen versäumt, die einen Rechtsnachteil nach sich ziehen, kann ein solches Verhalten im nachhinein nicht mehr als unverschuldet ungeschehen gemacht werden.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand war daher zurückzuweisen.

Stoppel

Schwarz-Angele

Paetzold

Ju

