



# BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 61/05

---

**(Aktenzeichen)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 399 78 566**

**(hier: Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)**

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 18. Oktober 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Ströbele sowie des Richters Guth und der Richterin Kirschneck

beschlossen:

1. Der Antrag der Widersprechenden auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Einlegung der Beschwerde wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde gilt als nicht erhoben.

**Gründe**

**I.**

Gegen die am 2. März 2000 eingetragene Wortmarke 399 78 566 "MEC" hat die Inhaberin der älteren Wort-Bildmarken 1 010 375 "NEC" und 2 058 895 "NEC" Widerspruch erhoben. Mit Beschluss vom 27. Januar 2005 hat die mit einer Angestellten des höheren Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamtes (= DPMA) die teilweise Löschung der angegriffenen Marke 399 78 566 wegen des Widerspruchs aus der Marke 2 058 895 angeordnet und den Widerspruch aus dieser Marke im übrigen sowie den Widerspruch aus der Marke 1 010 375 vollständig zurückgewiesen. Der Beschluss ist dem Vertreter der Widersprechenden, Herrn Patentanwalt Dr. P. (= Vertreter), am 12. Februar 2005 gegen Empfangsbekanntnis zugestellt worden.

Gegen diesen Beschluss hat die Widersprechende mit am 15. März 2005 beim DPMA eingegangenen Telefax Beschwerde eingelegt und am gleichen Tag die Beschwerdegebühr in Höhe von EURO 200,-- entrichtet.

Mit Schriftsatz vom 12. Mai 2005, eingegangen beim Bundespatentgericht (= BPatG) am 17. Mai 2005, hat die Widersprechende Wiedereinsetzung in die versäumte Beschwerdefrist beantragt. Zur Begründung trägt sie in dem Schriftsatz vor, dass nach dem Eingang des Beschlusses beim Vertreter am 12. Februar 2005 das Fristende zur Einlegung der Beschwerde auf Samstag, den 12. März 2005, gefallen sei. Diese Frist habe die langjährige und in Fristennotierungen erfahrene Mitarbeiterin und Sekretärin des Vertreters, Frau H., am 14. Februar 2005 richtig im Fristenbuch auf der betreffenden Seite für Samstag, 12. März 2005, als sog "Rotfrist", die an diesem Tag erledigt werden müsse, neben einer weiteren Vorfrist 1. März 2005, welche der Wiedervorlage diene, eingetragen. Nachdem das Fristende auf einen Samstag gefallen sei, habe noch am Montag, dem 14. März 2005, wirksam Beschwerde eingelegt werden können. Dies sei auf der Fristenbuchseite für den 14. März 2005 nicht vermerkt worden. Am Morgen des 14. März 2005 habe sich Frau H. bei dem Vertreter telefonisch wegen einer ernsthaften Erkrankung für die gesamte Woche vom Dienst abgemeldet. Der Vertreter sei infolgedessen an diesem Tag in seiner Kanzlei allein auf sich gestellt gewesen, da die weitere, jeweils Dienstag und Donnerstag in der Kanzlei beschäftigte Mitarbeiterin und Sekretärin, Frau N., nicht so kurzfristig für ihre Kollegin habe einspringen können. Bei dem Vertreter, der sich vom 30. Januar bis 13. Februar 2005 zur Operation eines Prostatakarzinoms im Krankenhaus befunden habe, sei unversehens erneut Inkontinenz aufgetreten, weswegen er an dem betreffenden Montag, dem 14. März 2005, gegen 17 Uhr zur Nachsorge zu seinem behandelnden Arzt gegangen sei. Vor Verlassen seines Büros habe er sich noch versichert, dass für diesen Tag im Fristenbuch keine offenen Rotfristen notiert gewesen seien. Aufgrund der besonderen Situation und der mit der unerwartet aufgetretenen Inkontinenz verbundenen inneren Unruhe habe er dabei übersehen, dass es nicht ausreichend gewesen sei, im Fristenbuch nur Montag,

den 14. März 2005, zu überprüfen, sondern er auch für den vorangegangenen Samstag notierte offene Fristen hätte berücksichtigen müssen, die nach fristwahrend am Montag hätten erledigt werden können. Zur Glaubhaftmachung hat die Widersprechende ua Kopien der Seiten des Fristenbuchs für 12. und 14. März 2005 sowie eidesstattliche Versicherungen der Frau H. und des Vertreters eingereicht.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat sich zu dem Wiedereinsetzungsantrag nicht geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

1. Der Wiedereinsetzungsantrag der Widersprechenden ist gem § 91 Abs 1 MarkenG statthaft und auch sonst zulässig (§ 91 Abs 2 bis 4 MarkenG).

Die Widersprechende hat die Frist zur Einlegung der Beschwerde gegen den Beschluss der Markenstelle vom 27. Januar 2005 (§ 66 Abs 2 MarkenG) sowie zur Zahlung der Beschwerdegebühr (§ 6 Abs 1 PatKostG iVm §§ 82 Abs 1 S 3, 66 Abs 2 MarkenG) versäumt. Der letzte Tag der mit Zustellung des Beschlusses am 2. Februar 2005 beginnenden einmonatigen Frist des § 66 Abs 2 MarkenG fiel gem §§ 187 Abs 1, 188 Abs 2 BGB auf Samstag, den 12. März 2005, so dass gemäß § 193 BGB an Stelle dieses Tages der nächste Werktag, Montag, der 14. März 2005, als tatsächlich letzter Tag der Beschwerdefrist sowie der Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr getreten ist. Die Beschwerde der Widersprechenden und die Beschwerdegebühr sind erst am 15. März 2005 und damit verspätet beim Patentamt eingegangen. An das Versäumnis der Beschwerdefrist knüpft das Gesetz den Rechtsnachteil der Unzulässigkeit der Beschwerde; das Versäumnis der Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr hat gem § 6 Abs 2 PatKostG iVm

§ 82 Abs 1 S 3 MarkenG den Rechtsnachteil zur Folge, dass die Beschwerde als nicht eingelegt gilt.

Die Wiedereinsetzung in die versäumte Beschwerdefrist ist von der Widersprechenden mit am 17. Mai 2005 beim BPatG eingegangenen Schriftsatz vom 12. Mai 2005 noch fristgerecht innerhalb von zwei Monaten nach Wegfall des Hindernisses beantragt worden, wobei mit dem Antrag auch die Tatsachen zur Begründung der Wiedereinsetzung vorgetragen worden sind (§ 91 Abs 2 und 3 MarkenG). Das Hindernis zur Einhaltung der versäumten Fristen ist am Dienstag, dem 15. März 2005, weggefallen, an dem die weitere Mitarbeiterin des Vertreters das Fristversäumnis bemerkt hatte. Da der sich hieraus gem §§ 187 Abs 1, 188 Abs 2 BGB errechnete letzte Tag der Zweimonatsfrist des § 91 Abs 2 MarkenG auf Pfingstsonntag, 15. Mai 2005, fiel, endete auch diese Frist gem § 193 BGB am nächsten Werktag, also am Dienstag, den 17. Mai 2005.

Mit der am 15. März eingegangenen Beschwerde und der am selben Tag entrichteten Beschwerdegebühr wurden weiterhin die versäumten Handlungen innerhalb der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag nachgeholt (§ 91 Abs 4 MarkenG).

2. Der Wiedereinsetzungsantrag ist jedoch nicht begründet, da sich aus den zur Begründung vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen nicht schlüssig ergibt, dass die Widersprechende ohne eigenes oder ein ihr zurechenbares Verschulden ihres Bevollmächtigten (§ 82 Abs 1 S 1 MarkenG iVm § 85 Abs 2 ZPO) verhindert gewesen wäre, die Beschwerdefrist einzuhalten (§ 91 Abs 1 MarkenG).

Dem Sachvortrag der Widersprechenden sowie der eidesstattlichen Versicherung von Frau H., der Mitarbeiterin des patentanwaltlichen Vertreters, ist zu entnehmen, daß Frau H., zu deren Aufgabenbereich es ua gehörte, in der Patentanwaltskanzlei etwaige Fristen in das Fristenbuch einzutragen, am Montag, den 14. Februar 2005, sowohl auf der ersten Seite des Beschlusses der Markenstelle vom 27. Januar 2005 sowie auf der Fristenbuchseite für den 12. März 2005, außer

dem Beschluss-Eingang 12. Februar 2005 und einer Wiedervorlagefrist 1. März 2005, jeweils den 12. März 2005 als unbedingt fristgerecht zu erledigende sog "Rotfrist" notiert hat. Gemäß dem Vorbringen der Widersprechenden und der Kopie der betreffenden Fristenbuchseite ist ein Vortrag des Fristablaufs auf die Seite für Montag, den 14. März 2005, im Fristenbuch nicht vermerkt worden.

Es mag in diesem Zusammenhang uU noch entschuldbar sein, dass der Vertreter aufgrund der Kumulation von ungewöhnlichen und belastenden Umständen am Montag, dem 14. März 2004, verursacht einmal durch den krankheitsbedingten Ausfall einer Mitarbeiterin und seiner alleinigen Anwesenheit in der Kanzlei, sowie zusätzlich durch die eigenen körperlichen und psychischen Beeinträchtigungen, welche von dem unerwarteten Wiederauftreten von Inkontinenz nach einer bei ihm Anfang Februar 2005 durchgeführten Prostatakarzinom-Operation herrührten, es übersehen hat, im Fristenbuch nicht nur die für den laufenden Montag, den Tag des Fristablaufs, notierten, sondern auch die für den vorausgehenden Samstag eingetragenen Fristen zu kontrollieren. Dieser Frage braucht jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden, da nach dem Tatsachenvortrag jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, dass den Vertreter ein Organisationsverschulden hinsichtlich der Fristennotierung oder der entsprechenden Einweisung seiner Mitarbeiterin trifft, welches für das Versäumnis der Beschwerdefrist ursächlich war.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei Rechtsmittelfristen das tatsächliche Ende der Frist im Fristenkalender zu notieren, damit Irrtümer über den Zeitpunkt des Fristablaufs vermieden werden können. Die Eintragung einer vor dem tatsächlichen Ablauf liegenden Frist genügt nicht. Fällt das – rechnerische – Fristende dabei – wie hier – auf einen Sonnabend, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag, ist der folgende Werktag als Fristende zu notieren (vgl BGH NJW 2001, 2975; BGH NJW-RR 1998, 1526, 1527; BGH VersR 1992, 1154, 1155; Baumbach/Lauterbach, ZPO, 63. Aufl 2005, § 233 Rn 126; Zöller, ZPO, 25. Aufl 2005, § 233 Rn 23, S 716). Der tatsächlich letzte Tag der hier in Rede stehenden Beschwerdefrist, Montag, der 14. März 2005, ist in dem Fristenbuch nicht vermerkt

worden. Gründe, warum eine korrekte Fristennotierung ohne ein der Widersprechenden gem § 82 Abs 1 S 1 MarkenG iVm § 85 Abs 2 ZPO zurechenbares Verschulden ihres Vertreters unterblieben ist, sind nicht vorgetragen worden und können auch den eidesstattlichen Versicherungen des Vertreters und seiner Mitarbeiterin nicht entnommen werden.

Insbesondere wurde nicht dargetan und glaubhaft gemacht, ob und ggf wie nach der üblichen Kanzlei-Organisation sichergestellt ist, dass bei Fristen der hier fraglichen Art, welche nach der Vorschrift § 193 BGB anstatt an einem Sonntag, einem gesetzlichen Feiertag oder einem Sonnabend am nächsten Werktag enden, im Fristenbuch der jeweilige Werktag als tatsächliches Ende der Frist notiert wird. Die Widersprechende trägt hierzu lediglich für den konkreten Fall vor, dass die Beschwerdefrist richtig auf Samstag, 12. März 2005, notiert, aber nicht noch einmal auf Montag, 14. März 2005, vorgetragen gewesen sei. Die eidesstattliche Versicherung des Vertreters enthält zu diesem Punkt keine Aussage, während Frau H. versichert, dass sie entsprechend ihrem Wissen über die Notierung von sog "Rotfristen" die Monatsfrist 12. März 2005 als Rotfrist im Fristenbuch eingetragen habe. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die Notierung des tatsächlichen Fristendes in Fällen des § 193 BGB in der Kanzlei des Vertreters der Widersprechenden nicht hinreichend organisiert, zumindest aber, dass die Einweisung der mit der Fristennotierung betrauten Mitarbeiterin in diesem Punkt ungenügend ist. Da das Ende der in Rede stehenden Beschwerdefrist bei korrekter Notierung auf der Fristenbuchseite für Montag, den 14. März 2005, von dem Vertreter, der nach dem schriftsätzlichen Vorbringen diese Seite des Fristenbuchs an dem fraglichen Montag vor 17 Uhr kontrolliert hat, noch rechtzeitig bemerkt worden wäre, um fristgerecht mittels Telefax Beschwerde einzulegen und die Beschwerdegebühr per Einzugsermächtigung zu entrichten, hätte demnach das Fristversäumnis bei einer ordnungsgemäßen Büroorganisation vermieden werden können und war somit nicht unverschuldet.

3. Nachdem die beantragte Wiedereinsetzung in die versäumte Beschwerdefrist aus den dargelegten Gründen nicht gewährt wird, ist die nach Ablauf der Beschwerdefrist am 15. März 2005 eingelegte Beschwerde verspätet und damit an sich unzulässig. Im Hinblick darauf, dass Zahlung der Beschwerdegebühr am selben Tag ebenfalls nicht fristgerecht innerhalb der Beschwerdefrist erfolgt ist (vgl oben unter Ziffer 1.), greift hier jedoch die Fiktion des § 6 Abs 2 PatKostG iVm § 82 Abs 1 S 3 MarkenG mit der Folge ein, dass die Beschwerde als nicht erhoben gilt.

Ströbele

Guth

Kirschneck

Hu