



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 605/12

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2010 041 249

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 12. Juni 2014 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll sowie der Richterinnen Dr. Hoppe und Grote-Bittner

beschlossen:

1. Der Antrag der Markeninhaberin auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr wird als unzulässig verworfen.
2. Die Beschwerde der Markeninhaberin gegen den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. Oktober 2012 gilt als nicht eingelegt.

Gründe

I.

Die am 9. Juli 2010 angemeldete Wort-Bildmarke



ist am 13. September 2010 unter der Nr. 30 2010 041 249 in das beim Deutschen

Patent- und Markenamt geführte Markenregister für diverse Waren und Dienstleistungen der Klassen 30, 32 und 43, nämlich

Klasse 30:

Kaffee, Latte Macchiato, Milchkaffee, Espresso, Cappuccino, Tee, Kaffee-Ersatzmittel, Mehle- und Getreidepräparate, Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, Speiseeise;

Klasse 32:

Biere, Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte;

Klasse 43:

Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen;

eingetragen worden.

Gegen die Eintragung dieser Marke hat die Inhaberin der prioritätsälteren Gemeinschaftsmarke 004 787 396



eingetragen seit dem 14. Juni 2007 als Bildmarke u.a. für diverse Waren und Dienstleistungen der Klassen 30, 32 und 43, nämlich

Klasse 30

Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate, Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, Speiseeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Senf; Essig, Saucen (Würzmittel); Gewürze; Kühleis; Sirup; Kaffeebohnen; gerösteter und ungerösteter Kaffee; Kaffeearomastoffe;

Klasse 32

Biere; Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken;

Klasse 43

Verpflegung; Beherbergung von Gästen; Betrieb von Hotels und Gaststätten, einschließlich Cafés, Café-Restaurants und Ausschanklokale, die Kaffee, Tee und Schokoladengetränken als Spezialität anbieten;

Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat durch eine Beamtin des gehobenen Dienstes mit Beschluss vom 25. Oktober 2012 auf den Widerspruch hin die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet. Auch wenn sich die Vergleichsmarken in ihrer Gesamtheit klar und unverwechselbar gegenüberstehen würden, sei eine Verwechslungsgefahr der beiden Zeichen, die sich entweder auf identischen Waren und Dienstleistungen oder hochgradig ähnlichen Produkten begegnen könnten, zu bejahen, da der Gesamteindruck der an-

gegriffenen Marke von dem Wortbestandteil „Kaldi“ geprägt werde, aus dem auch die Widerspruchsmarke bestehe, so dass Identität der Vergleichszeichen vorliege.

Der Markeninhaberin ist der Beschluss gemäß Empfangsbekanntnis ihrer Vertreter am 31. Oktober 2012 zugestellt worden. Beschwerde hat sie mit Telefax vom 23. November 2012 eingelegt, das am selben Tag beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangen ist. Die Beschwerdegebühr in Höhe von... Euro ist laut Kontoauszug des Deutschen Patent- und Markenamts am 14. März 2013 auf dessen Konto gutgeschrieben worden. Mit Schreiben der Geschäftsstelle des 25. Senats vom 18. Februar 2013 war die Markeninhaberin zuvor aufgefordert worden, die Zahlung der Beschwerdegebühr nachzuweisen. Am 11. März 2013 hat die Markeninhaberin per Telefax unter Beifügung einer eidesstattlichen Versicherung der Kanzleimitarbeiterin D... sinngemäß Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand in Bezug auf die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr beantragt und zugleich mitgeteilt, dass die Beschwerdegebühr eingezahlt worden sei. In der eidesstattlichen Versicherung, die im Original am 13. März 2013 beim Bundespatentgericht eingereicht worden ist, hat Frau D... erklärt, dass sie seit 2007 in der Rechtsanwaltskanzlei S... tätig sei nach Abschluss ihrer Rechtsanwaltsfachangestelltenausbildung im Jahre 1993 und anschließender Tätigkeit in verschiedenen Kanzleien und dort u.a. für Post und Fristennotierung zuständig sei. Da sie während ihrer bisherigen Tätigkeit selten Schreiben/Beschlüsse vom Patentamt vorliegen gehabt habe, habe sie zwar die Frist zur Beschwerde notiert, jedoch nicht die Frist zur Einzahlung der Gebühren. Es sei von ihr übersehen worden, dass dies in der Rechtsmittelbelehrung stehe, ein Verschulden der Markeninhaberin sei somit nicht gegeben.

Der Markeninhaberin ist mit Senatsverfügung vom 17./18. Dezember 2013 darauf hingewiesen worden, dass der Wiedereinsetzungsantrag in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr bereits unter Zulässigkeitsgesichtspunkten keine Aussicht auf Erfolg haben dürfte. Die Markeninhaberin hat hierzu mit Schriftsatz vom 7. April 2014 wie folgt Stellung genommen: Der Wiedereinsetzungsan-

trag sei zulässig, da nach § 91 Abs. 3 MarkenG eine spätere Angabe der den Wiedereinsetzungsantrag begründenden Tatsachen noch im Verfahrensverlauf möglich sei, außerdem habe sie auch die Zweimonatsfrist nach § 91 Abs. 2 MarkenG eingehalten. Die Frist habe erst am 20. Februar 2012 mit Eingang des Gerichtsschreibens vom 18. Februar 2012 in der Kanzlei und der hierdurch sich ergebende Erkenntnis, die Zahlungsfrist versäumt zu haben, zu laufen begonnen. Bei der Kanzleimitarbeiterin D..., die Fristen über einen langen Beschäftigungszeitraum immer korrekt allein oder auf Anforderung notiert habe und bei der die durchgeführten Kontrollen durch den Verfahrensbevollmächtigten niemals Grund zu Beanstandungen gegeben hätten, habe im vorliegenden Fall ein Augenblicksversagen vorgelegen. Denn obwohl der Rechtsanwalt auf den Beschluss vom 25. Oktober 2012 handschriftlich u.a. die Verfügung „Fristen notieren!“ und die Rechtsmittelbelehrung mit senkrechtem Strich neben der Rechtsmittel- und Zahlungsfrist versehen habe, habe die Mitarbeiterin die Zahlungsfrist nicht notiert.

Die Markeninhaberin beantragt (sinngemäß),

ihr wegen der versäumten Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. Oktober 2012 aufzuheben und den Widerspruch aus der Gemeinschaftsmarke 004 787 396 zurückzuweisen.

Die Widersprechende hat keinen Antrag gestellt und sich auch inhaltlich zum Wiedereinsetzungsantrag der Markeninhaberin nicht geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten und den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

II.

A. Die Beschwerde der Markeninhaberin gilt als nicht eingelegt, weil sie die Beschwerdegebühr nicht fristgemäß eingezahlt hat und ihr insoweit gestellter Wiedereinsetzungsantrag als unzulässig zu verwerfen ist. Darüber hinaus wäre der Wiedereinsetzungsantrag auch unbegründet.

1. Gegen den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts ist nach §§ 64 Abs. 6 Satz 1, 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG die Beschwerde statthaft. Die Beschwerdefrist beträgt gemäß § 66 Abs. 2 MarkenG einen Monat ab dem maßgeblichen Zustelldatum. Die Beschwerdegebühr in Höhe von ... Euro ist ebenfalls binnen einen Monats ab Zustellung des angegriffenen Beschlusses einzuzahlen, §§ 82 Abs. 1 Satz 3, 66 Abs. 2 MarkenG i.V.m. § 6 Abs. 1 Satz 1 PatKostG i.V.m. Nr. 401 300 GebVerz. zu § 2 Abs. 1 PatKostG. Bei Überweisungen gilt nach § 2 Nr. 2 PatKostZV (Patentkostenzahlungsverordnung) der Tag der Gutschrift auf dem Konto der zuständigen Bundeskasse für das Deutsche Patent- und Markenamt als Zahlungstag. Ist die Zahlung der Beschwerdegebühr verspätet, so gilt die Beschwerde gemäß § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i.V.m. § 6 Abs. Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 PatKostG als nicht eingelegt.

Der angegriffene Beschluss vom 25. Oktober 2012 ist der Markeninhaberin laut Empfangsbekanntnis ihrer Vertreter am 31. Oktober 2012 zugestellt worden, so dass die Beschwerdefrist von einem Monat nach § 66 Abs. 2 MarkenG sowie die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr gemäß § 82 Abs. 1 MarkenG i.V.m. § 222 ZPO i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB - der Zustellungstag wird nicht mitgerechnet – am 1. November 2012 zu laufen begonnen hat und gemäß § 82 Abs. 1 MarkenG i.V.m. § 222 ZPO i.V.m § 188 Abs. 2 BGB am 30. November 2012 abgelaufen ist. Innerhalb dieser Frist ist zwar die Beschwerde per Telefax am 23. November 2012 eingegangen, nicht aber die Beschwerdegebühr.

2. Der Markeninhaberin kann auch wegen der Versäumung der Zahlung der Beschwerdegebühr nicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden. Ihr Wiedereinsetzungsantrag vom 11. März 2013 ist nämlich bereits unzulässig. Er genügt nicht den Anforderungen an die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen nach § 91 Abs. 3 Satz 1 MarkenG, die innerhalb der Antragsfrist des § 91 Abs. 2 MarkenG hätten vorgetragen werden müssen und die nicht mehr nachgeschoben werden können. Nach Ablauf der Frist des § 91 Abs. 2 MarkenG können keine neue Tatsachen mehr geltend gemacht, sondern allenfalls fristgerecht vorgebrachte Tatsachen in gewissem, eingeschränktem Umfang konkretisiert und vervollständig werden (vgl. hierzu Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 91, Rdn. 26 mit Rechtsprechungsnachweisen).

Gemäß § 91 Abs. 3 Satz 1 MarkenG müssen im Antrag nämlich sämtliche Tatsachen angegeben werden, welche die Wiedereinsetzung begründen. Dies betrifft alle wesentlichen Umstände, die den Säumigen an der Einhaltung der Frist gehindert haben und ein Verschulden ausschließen. Außerdem gehören zu den anzugebenden Tatsachen auch die Sachverhalte, aus denen sich die Wahrung der Antragsfrist und die Nachholung der versäumten Handlung ergibt, wobei hierfür eine schlüssige Darlegungen aller Umstände erforderlich ist, aus denen sich die Zulässigkeit und Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrag eindeutig herleiten lassen. Dazu gehören z.B. bei Vertretern Darlegungen über die Büroorganisation, deren Beachtung einer Fristversäumung vermieden hätte, die Zuverlässigkeit und Überwachung der beschäftigten Hilfskräfte, die Kausalität des vorgetragenen Sachverhalts für die Fristversäumung sowie der Ausschluss eines Verschuldens des Vertreters (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 91, Rdn. 26). Soweit die Markeninhaberin die Auffassung äußert, dass § 91 Abs. 3 MarkenG eine spätere Angabe von den Wiedereinsetzungsantrag begründenden Tatsachen zulasse, kann dem nicht gefolgt werden. Aus § 91 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 MarkenG ergibt sich eindeutig, dass die entsprechenden Tatsachen innerhalb der Antragsfrist des § 91 Abs. 2 MarkenG vorzutragen sind. Nur die Glaubhaftmachung der fristgerecht vorgetragenen Tatsachen kann gemäß § 91 Abs. 3 Satz 2 MarkenG

auch noch im Laufe des Verfahrens nachgeholt werden. Denn nur dort ist geregelt, dass die Glaubhaftmachung bei der Antragstellung oder im Verfahren über den Antrag erfolgen kann.

In der eidesstattlichen Versicherung vom 11. März 2013 hat Frau D... angegeben, dass sie nach ihrer Ausbildung zur Rechtsanwaltsfachangestellten und Tätigkeit in verschiedenen Kanzleien seit 2007 als Mitarbeiterin der Rechtsanwaltskanzlei S... u.a. für die Post einschließlich Fristennotierungen verantwortlich sei. Da sie seit dieser Zeit selten Schreiben bzw. Beschlüsse vom Patentamt vorliegen gehabt habe, habe sie zwar die Frist zur Beschwerde nicht aber die Frist für die Einzahlung der Gebühren notiert, obwohl in der Rechtsmittelbelehrung auf beide Fristen hingewiesen worden sei.

Dieser Vortrag der Markeninhaberin stellt keine schlüssige Darlegung der für einen Wiedereinsetzungsantrag anzugebenden Tatsachen im vorgenannten Sinne nach § 91 Abs. 3 MarkenG dar. An einem entsprechenden Vortrag mangelt es bei dem Vorbringen der Markeninhaberin mit Schriftsatz vom 11. März 2013 in mehrfacher Hinsicht. Zunächst fehlen Angaben zur Büroorganisation des Verfahrensbevollmächtigten praktisch völlig, insbesondere sind die Arbeitsabläufe betreffend die Notierung von Fristen und deren Überprüfung, nicht nachvollziehbar dargestellt. Es ist auch nicht ersichtlich, in welcher Weise die Zuverlässigkeit der mit den Fristnotierungen betrauten Hilfspersonen überwacht wird und inwieweit diese insbesondere in Bezug auf die Besonderheiten des patentamtlichen und patentgerichtlichen Verfahrens geschult worden sind.

Des Weiteren hat die Markeninhaberin keine Tatsachen oder Umstände vorgetragen oder gar glaubhaft gemacht, aus denen sich ergibt, dass sie den Wiedereinsetzungsantrag innerhalb von zwei Monaten nach Wegfall des Hindernisses, das für die Fristversäumung ursächlich war (Bemerkung der Nichtnotierung der Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr), gestellt hat (§ 91 Abs. 2 MarkenG). Ihre Antragsschrift vom 11. März 2013 enthält hierzu keinerlei Angaben. Soweit die Mar-

keninhaberin im Schriftsatz vom 7. April 2014 vorgetragen hat, durch die gerichtliche Anfrage diese Versäumung der Zahlung bemerkt zu haben, handelt es sich hierbei um einen neuen, nach Ablauf der Frist des § 91 Abs. 2 MarkenG nicht mehr zu berücksichtigenden Vortrag.

b) Aber selbst wenn unterstellt würde, dass der Wiedereinsetzungsantrag der Markeninhaberin zulässig wäre, ist er jedenfalls unbegründet, da die Markeninhaberin die Frist für die Zahlung der Beschwerdegebühr nicht unverschuldet versäumt hat. Die Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt nach § 91 Abs. 1 MarkenG aber voraus, dass die Frist ohne Verschulden versäumt worden ist.

Vielmehr liegt nach dem Vortrag der Markeninhaberin ein Verschulden ihres Verfahrensbevollmächtigten an der Fristversäumnis vor, den sich die Markeninhaberin gemäß § 82 Abs. 1 MarkenG i.V.m. § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss. Die Mitarbeiterin D... hatte nach ihren Erklärungen in ihrer eidesstattlichen Versicherung nämlich nicht aus Versehen oder aufgrund eines Übertragungsfehlers, sondern aus Unkenntnis, die auf eine fehlende Schulung insoweit schließen lässt, nur eine und nicht die im Markenbeschwerdeverfahren erforderlichen zwei Fristen notiert. Sie hat nur die auch ansonsten übliche Frist für die Einlegung der Beschwerde und nicht die im normalen Geschäftsbetrieb einer Anwaltskanzlei ungewöhnliche Frist für die Zahlung der Beschwerdegebühr notiert. Dies hätte dem Vertreter der Beschwerdeführerin bei einer ordnungsgemäß Fristenorganisation auffallen müssen, zumal der Rechtsanwalt durch allgemeine Anweisung sicherstellen muss, dass ihm die Berechnung des Fristbeginns und -endes solcher Fristen vorbehalten bleibt, die in seiner Praxis ungewöhnlich sind oder bei deren Berechnung Schwierigkeiten auftreten können (vgl. Zöller-Greger, ZPO-Komm., 30. Aufl., § 233, Stichwort: Fristenbehandlung, mit Rechtsprechungsnachweisen), was laut den Angaben von Frau D... in ihrer eidesstattlichen Versicherung der Fall ist. Sie hat nämlich erklärt, dass sie für die Post einschließlich Fristennotierungen verantwortlich sei und selten Beschlüsse vom Patentamt zu bear-

beiten gehabt habe. Letztlich bestätigt dies der Verfahrensbevollmächtigte der Markeninhaberin mit seinem Vortrag im Schriftsatz vom 7. April 2014 und damit die nicht ausreichende Organisation bei der Behandlung ungewöhnlicher Fristen in seiner Kanzlei. Denn dem Anwalt war mit seiner Anweisung „Fristen notieren!“ einschließlich des Anstreichens der Textes in der Rechtsmittelbelehrung offensichtlich bewusst, dass es sich für seine Mitarbeiterin um ungewöhnliche Fristen handelt, ohne dass aber durch eine allgemeine oder konkrete Anweisung – jedenfalls trägt er nicht vor, eine solche in seiner Kanzlei verfügt zu haben – sichergestellt war, dass ihm entweder die Feststellung der Fristen vorbehalten bleibt oder er zumindest die eingetragenen Fristen zur Kontrolle vorgelegt erhält.

3. Eine Auferlegung von Kosten gemäß § 71 Abs. 1 MarkenG war nicht veranlasst.

B. Gegen diesen Beschluss kann die Markeninhaberin das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder

6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Knoll

Dr. Hoppe

Grote-Bittner

Hu