



# BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 5/22

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 30 2021 103 372.8**

**(hier: Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der  
Anmeldegebühr)**

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 14. Juli 2022 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, der Richterin Fehlhammer sowie des Richters kraft Auftrags Staats, LL.M. Eur.,

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Das Zeichen

### **Spatzi**

ist am 1. März 2021 zur Eintragung als Wortmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register für die Waren

Klasse 29: Käse; Röstzwiebeln; Molkereiprodukte;

Klasse 30: Fertiggerichte, die vorwiegend Teigwaren enthalten; Spätzle; Käsespätzle; Gerichte auf Nudelbasis; getrocknete und frische Teigwaren; Gewürze; Saucen;

Klasse 43: Verpflegung von Gästen mittels Foodtrucks; Verpflegung von Gästen; Verpflegung von Gästen in Restaurants mit Außer-Haus-Verkauf; Dienstleistungen eines mobilen Imbissrestaurants; Catering

angemeldet worden.

Die Anmeldegebühr ist am 20. Juli 2021 zeitgleich mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangen. Der Antrag auf Wiedereinsetzung wurde damit begründet, dass die mit dem Verfahren betraute langjährige und stets zuverlässig arbeitende Patentanwaltsfachangestellte, Frau L.... , zwar alle relevanten Fristen, einschließlich entsprechender Vorfristen, in der Handakte korrekt notiert, es aber versäumt habe, die Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr auch in das Fristenbuch zu übernehmen. Die Akte sei daher nicht rechtzeitig dem sachbearbeitenden Anwalt zwecks Zahlungsanweisung vorgelegt worden.

Mit Beschluss vom 12. Oktober 2021 hat die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts durch eine Beamtin des höheren Dienstes den Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr zurückgewiesen. Des Weiteren wurde festgestellt, dass die Anmeldung als zurückgenommen gilt, und angeordnet, dass die Anmeldegebühr zurückgezahlt wird. Zur Begründung ist ausgeführt, die Anmeldegebühr sei mit Einreichung der Anmeldung am 1. März 2021 gemäß § 3 Abs. 1 PatKostG fällig geworden und hätte gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 PatKostG innerhalb einer Frist von drei Monaten, d. h. bis zum 1. Juni 2021 gezahlt werden müssen. Die Gebühr sei jedoch erst am 20. Juli 2021 und damit verspätet eingegangen. Der Wiedereinsetzungsantrag sei statthaft und rechtzeitig innerhalb der zweimonatigen Frist des § 91 Abs. 2 MarkenG gestellt worden. Zwar habe der Anmeldervertreter nicht angegeben, zu welchem Zeitpunkt ihm die fehlende Zahlung der Anmeldegebühr aufgefallen sei. Aber auch wenn unterstellt werde, dass der Fehler bereits ein Tag nach Ablauf der Zahlungsfrist, also am 2. Juni 2021 entdeckt worden sei, sei die Zweimonatsfrist gewahrt. Zudem sei die versäumte Handlung der Zahlung der Anmeldegebühr innerhalb der zweimonatigen Antragsfrist nachgeholt worden. Letztendlich könne jedoch offenbleiben, ob die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorlägen, da der Wiedereinsetzungsantrag jedenfalls unbegründet sei. Nach § 91 Abs. 1 Satz 1 MarkenG könne Wiedereinsetzung gewährt werden, wenn die Antragstellerin glaubhaft darlege, dass sie ohne Verschulden daran gehindert gewesen sei, eine

Frist einzuhalten, deren Versäumnis nach den gesetzlichen Vorschriften einen Rechtsnachteil zur Folge habe. Der Antragstellerin sei das Verschulden des Verfahrensbevollmächtigten nach § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 85 Abs. 2 ZPO wie eigenes Verschulden zuzurechnen. Fehler von bloßen Hilfskräften, insbesondere des Büropersonals, müsse sich die Antragstellerin oder ihr Bevollmächtigter hingegen grundsätzlich nicht zurechnen lassen. Nach den zur anwaltlichen Fristenkontrolle entwickelten Grundsätzen habe ein Rechtsanwalt alles ihm Zumutbare zu tun und zu veranlassen, damit die Fristen gewahrt würden. Für den Fall, dass die Notierung von Fristen einer gut ausgebildeten, erprobten und sorgfältig überwachten Bürokraft überlassen werde, müsse durch geeignete organisatorische Maßnahmen sichergestellt sein, dass die Fristen zuverlässig festgehalten und kontrolliert würden. Ein Anwalt habe sein Möglichstes zu tun, um Fehlerquellen bei der Eintragung und Behandlung von Fristen auszuschließen. An einer ausreichenden Glaubhaftmachung eines schuldlosen Verhaltens fehle es vorliegend aber. Zwar sei die unterlassene Kontrolle des Fristenbuches nicht vorwerfbar, weil sich für den Anwalt keine Zweifel an der Richtigkeit des von seiner erfahrenen Büroangestellten angebrachten Vermerks in der Handakte ergeben hätten. Es sei aber nicht glaubhaft vorgetragen worden, dass im Büro des von der Anmelderin beauftragten Rechtsanwalts die allgemeine Anweisung bestand habe, stets und unter allen Umständen zuerst die Fristen im Kalender einzutragen, bevor die Eintragung in der Handakte vermerkt wird. Dies sei nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedoch erforderlich, weil sonst die Gefahr bestehe, dass der Erledigungsvermerk in der Handakte bereits vor der Eintragung im Kalender oder Fristenbuch angebracht werde und damit die Gegenkontrolle versage. Die Einhaltung dieser Weisung habe der Anwalt durch geeignete Kontrollen durchzusetzen. Dass eine solche klare, organisatorische Anweisung über die Reihenfolge der Eintragungen im Fristenkalender und in den Handakten bestanden habe, lasse sich dem Vorbringen des Verfahrensbevollmächtigten nicht entnehmen. Der geschilderte und durch die anwaltlichen Erklärungen sowie die eidesstattliche Versicherung von Frau L ... glaubhaft gemachte Geschehensablauf spreche vielmehr für eine umgekehrte zeitliche Abfolge der Fristeneintragungen in

Fristenkalender und Handakten. Die unzureichende Organisation im Büro des Verfahrensbevollmächtigten aufgrund der nicht vorgetragenen und glaubhaft gemachten Anweisung über die korrekte Reihenfolge der Fristeneintragungen sei auch kausal für das Fristversäumnis gewesen, das bei korrektem Ablauf vermieden worden wäre. Bei ordnungsgemäßem Vorgehen wäre die Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr nicht versäumt worden.

Gegen die Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrags richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, die sie damit begründet, dass die Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr ohne zurechenbares Verschulden versäumt worden sei. Wie die Markenstelle zutreffend festgestellt habe, hätten keine Zweifel an der Richtigkeit des Vermerks in der Handakte bestanden, so dass die fehlende Kontrolle des Fristenbuches kein schuldhaftes Verhalten des bevollmächtigten Anwalts begründet habe. Auch ein Organisationsverschulden habe nicht vorgelegen. Die Annahme der Markenstelle, dass in der Kanzlei des Bevollmächtigten zunächst Fristen in der Handakte und erst anschließend im Fristenbuch eingetragen würden, sei unzutreffend. Vielmehr ergebe sich aus der bereits im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt vorgelegten eidesstattlichen Versicherung der Patentanwaltsfachangestellten L ... vom 19. Juli 2021 sowie aus ihrer im Beschwerdeverfahren beigebrachten ergänzenden eidesstattlichen Versicherung vom 18. November 2021 ausdrücklich, dass Fristen gemäß einer generellen Handlungsanweisung zuerst im Fristenbuch notiert würden. Die Eintragung der Frist werde erst danach mit einem Kürzel in der Handakte, in der die Frist zusätzlich vermerkt werde, bestätigt. Die erforderliche Gegenkontrolle sei mithin grundsätzlich gewährleistet. Die Übereinstimmung von Eintragungen in den Handakten und im Fristenbuch werde durch regelmäßige Stichproben seitens des sachbearbeitenden Verfahrensbevollmächtigten überprüft. Die Übertragung der Notierung, Berechnung und Kontrolle einfacher und in der Kanzlei geläufiger Fristen dürfe zuverlässigen, erfahrenen und sorgfältig überwachten Bürokräften zur selbständigen Erledigung übertragen werden. Vorliegend handele es sich bei der Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr um eine solche einfach zu berechnende und übliche Frist. Die

damit betraute Patentanwaltsfachangestellte L ... sei vor über 20 Jahren in der Kanzlei ausgebildet worden und habe seitdem stets zuverlässig gearbeitet, so dass keine Veranlassung für eine über stichprobenartige Überprüfungen hinausgehende Kontrolle bestanden habe. Damit sei weder ein Verschulden der Verfahrensbevollmächtigten bei der Auswahl oder Beaufsichtigung der für die Fristenbearbeitung eingesetzten Mitarbeiterin noch ein sonstiges Organisationsverschulden ersichtlich. Es habe sich um ein einmaliges Versehen einer Mitarbeiterin der Verfahrensbevollmächtigten gehandelt.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 12. Oktober 2021 aufzuheben und ihr Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr zu gewähren.

Mit schriftlichem Hinweis vom 8. April 2022 hat der Senat der Anmelderin mitgeteilt, dass nach seiner Auffassung erhebliche Zweifel an der Darstellung des Sachverhalts bestehen, da der Erledigungsvermerk in der Handakte nicht, wie vorgetragen, auf eine Bearbeitung durch Frau L ... schließen lasse und damit der Ausschluss eines Anwaltsverschulden nicht hinreichend glaubhaft gemacht worden sei.

Die Anmelderin hat sich hierzu nicht weiter geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf vorgenannten Beschluss der Markenstelle für Klasse 30, den Beschwerdeschriftsatz der Anmelderin, den schriftlichen Hinweis des Senats vom 8. April 2022 und den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr ist unbegründet, weil die Versäumung der Frist nicht als unverschuldet im Sinne des § 91 Abs. 1 Satz 1 MarkenG gewertet werden kann. Die Markenstelle hat den Wiedereinsetzungsantrag daher zu Recht zurückgewiesen.

1. Der Wiedereinsetzungsantrag ist zwar statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Anmelderin hat die mit Einreichung der Anmeldung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 PatKostG am 1. März 2021 fällig gewordene Anmeldegebühr nicht rechtzeitig innerhalb der Frist des § 6 Abs. 1 Satz 2 PatKostG gezahlt, so dass die Anmeldung als zurückgenommen gilt (§ 6 Abs. 2 PatKostG). Sie hat damit eine Frist versäumt, die einen Rechtsnachteil zur Folge hat und grundsätzlich der Wiedereinsetzung zugänglich ist (§ 91 Abs. 1 Satz 1 MarkenG).

Die Wiedereinsetzung wurde mit am 20. Juli 2021 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenem Schriftsatz beantragt. Dies kann, wie die Markenstelle zutreffend ausgeführt hat, auch ohne konkrete Angabe, wann die Fristversäumung in der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten aufgefallen ist, als fristgemäß im Sinne von § 91 Abs. 2 MarkenG gewertet werden, weil die Antragstellung innerhalb von zwei Monaten nach Ablauf der versäumten Frist erfolgt ist. Auch die Zahlung der Anmeldegebühr wurde am 20. Juli 2021 innerhalb der zweimonatigen Antragsfrist nachgeholt (§ 91 Abs. 4 MarkenG), da an diesem Tag beim Deutschen Patent- und Markenamt das Formblatt mit den erforderlichen Angaben zum Verwendungszweck eines SEPA-Basis-Lastschriftmandats per Fax und am 24. Juli 2021 im Original, mithin innerhalb der Frist des § 2 Nr. 4, vorletzter Satz, PatKostZV eingereicht worden ist.

2. In der Sache ist der Wiedereinsetzungsantrag jedoch nicht begründet, da die Anmelderin nicht schlüssig dargelegt und glaubhaft gemacht hat, dass sie ohne Verschulden verhindert war, die Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr einzuhalten, und somit nicht den Anforderungen des § 91 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 2 MarkenG entsprochen hat.

a) Ohne Verschulden ist eine Frist nur dann versäumt, wenn die übliche Sorgfalt aufgewendet worden ist, deren Beachtung im Einzelfall nach den subjektiven Verhältnissen zumutbar war (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 13. Auflage, § 91 Rn. 10 m. w. N.). Mangelnde Sorgfalt des Verfahrensbevollmächtigten ist hierbei wie eigenes Verschulden des Vertretenen zu werten (§ 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 85 Abs. 2 ZPO). Fehler von bloßen Hilfskräften, insbesondere des Büropersonals, muss sich der Verfahrensbeteiligte oder sein Bevollmächtigter hingegen grundsätzlich nicht zurechnen lassen (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 13. Auflage, § 91 Rn. 11). Dies gilt aber nur, wenn bei der Auswahl, der weiteren Unterweisung und Beaufsichtigung dieser Hilfskräfte sowie bei der Übertragung der jeweiligen Aufgabe keine Obliegenheitsverletzung begangen worden ist. Dabei werden von der Rechtsprechung insbesondere an die gemäß § 85 Abs. 2 ZPO maßgebliche Sorgfalt eines Anwalts strenge Maßstäbe angelegt (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering Markengesetz, 13. Auflage, § 91 Rn. 13 ff.).

Der die Sache bearbeitende Verfahrensbevollmächtigte der Anmelderin hat es nicht vermocht, gemäß § 91 Abs. 3 Satz 2 MarkenG glaubhaft zu machen, dass er diesen Maßstäben gerecht geworden ist und das Fristversäumnis nicht auf einem anwaltlichen Verschulden beruht.

b) Mit der Markenstelle hält auch der Senat die Schilderung des Ablaufs, der zur Fristversäumung und zu deren anschließender Feststellung geführt hat, für sehr cursorisch und damit wenig geeignet, die Umstände, die das Wiedereinsetzungsgesuch rechtfertigen sollen, schlüssig darzulegen. In der angefochtenen Entscheidung hat die Markenstelle zutreffend darauf hingewiesen, dass jegliche Angaben dazu fehlen, wann und wodurch das Hindernis weggefallen ist, d. h. wann und wie der Verfahrensbevollmächtigte Kenntnis von dem Fristversäumnis erlangt hat. Auch im Beschwerdeverfahren wurde hierzu nicht ergänzend vorgetragen.

Ebenso unklar bleibt der Sachverhalt in Bezug auf die Vorfrist. Hierzu wurde nur vorgetragen, dass die Vorfrist für die Zahlung der Gebühr gestrichen worden sei, da die Rechnung mit den amtlichen Gebühren noch nicht bezahlt worden sei. Ob die Akte hierzu dem sachbearbeitenden Anwalt vorgelegt worden ist, was dieser in diesem Zusammenhang verfügt hat bzw. welche Anordnungen von seiner Seite dazu an seine Angestellte ergangen sind und wer letztlich die Vorfrist gestrichen hat, bleibt offen. Eine lückenlose und nachvollziehbare Darstellung des Geschehensablaufs wäre jedoch insofern erforderlich, als die Sache zum damaligen Zeitpunkt offenbar in Bearbeitung genommen worden und damit die Möglichkeit gegeben war, die fehlerhafte bzw. unterbliebene Fristnotierung zu bemerken und zu korrigieren.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. BGH VI ZB 46/07, NJW 2008, 1670) hat ein Anwalt, dem Handakten im Zusammenhang mit fristgebundenen Prozesshandlungen vorgelegt werden, die Einhaltung seiner Anweisungen zur Berechnung einer Frist, zu ihrer Notierung in der Handakte, zur Eintragung im Fristenkalender sowie zur Bestätigung der Kalendereintragung durch einen Erledigungsvermerk in der Handakte stets zu überprüfen. Grundsätzlich erstreckt sich die Pflicht zur Prüfung auch darauf, ob das (zutreffend errechnete) Fristende im Fristenkalender notiert worden ist (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 13. Auflage, § 91 Rn. 14), was vorliegend das Fristversäumnis verhindert hätte.

Zwar kann sich ein Anwalt grundsätzlich auf die Prüfung des Erledigungsvermerks in der Handakte beschränken (BGH a. a. O.). Dies gilt jedoch nur dann, wenn an der Richtigkeit der Notierung der Frist keine Zweifel bestehen. Im vorliegenden Fall hätten sich aber Zweifel aufdrängen müssen. Denn der auf der Benachrichtigung des Deutschen Patent- und Markenamts über den Erhalt der Markenmeldung angebrachte Erledigungsvermerk der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten weist das Namenskürzel „ch“ auf, das nicht auf die Urheberschaft der voll ausgebildeten und seit vielen Jahren stets zuverlässig arbeitenden Mitarbeiterin Frau L ... schließen lässt. Vielmehr ist nicht auszuschließen, dass die laut eidesstattlicher Versicherung vom 19. Juli 2021 erst Anfang des Jahres 2021 eingestellte Mitarbeiterin Frau Ch ... den Vermerk unter ihrem Namenskürzel angebracht hat. Unabhängig von der Frage, ob diese Mitarbeiterin am 1. März 2021 bereits voll ausgebildet war und überhaupt mit der Notierung von Fristen hätte betraut werden dürfen (vgl. BGH NJW 2007, 3497, wonach die Bearbeitung von Fristen grundsätzlich nur voll ausgebildetem Personal, jedoch nicht noch auszubildenden Kräften übertragen werden darf), hätte dies schon deshalb Anlass zur Überprüfung geben müssen, als der Anwalt seinem Vortrag zufolge von der Bearbeitung durch Frau L ... ausgegangen ist. Damit decken sich die Angaben des Verfahrensbevollmächtigten insoweit nicht mit dem vorgelegten Auszug aus der Handakte. Trotz Hinweis des Senats auf diese Widersprüchlichkeit hat die Anmelderin hierzu nicht weiter Stellung genommen und den Sachverhalt nicht aufzuklären vermocht. Die verbleibenden Zweifel am Verfahrensablauf gehen mithin zu ihren Lasten, mit der Folge, dass Mängel in der Kanzleiorganisation und damit ein Anwaltsverschulden nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausgeschlossen werden können.

Somit erweist sich der Wiedereinsetzungsantrag als unbegründet, auch wenn nach der Klarstellung in der Beschwerdebeurteilung nunmehr davon ausgegangen werden kann, dass die von der Markenstelle als verfahrensfehlerhaft beanstandete Reihenfolge der Fristennotierung in der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten korrekt erfolgt.

3. Die Feststellung in dem angegriffenen Beschluss vom 12. Oktober 2021, dass die Anmeldung als zurückgenommen gilt, beruht auf § 6 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 PatKostG. Die weiterhin darin getroffene Anordnung der Rückzahlung der zu spät entrichteten Anmeldegebühr bestimmt sich nach § 10 Abs. 2 PatKostG.

Die Beschwerde war daher zurückzuweisen.

4. Die Entscheidung konnte im schriftlichen Verfahren ergehen, nachdem die Anmelderin keinen Antrag auf mündliche Verhandlung gestellt hat (§ 69 Nr. 1 MarkenG) und eine solche auch nach Einschätzung des Senats nicht aus Gründen der Sachdienlichkeit erforderlich war (§ 69 Nr. 3 MarkenG).

**III.**

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nur gegeben, 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. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt in elektronischer Form einzulegen.