

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen: 27 W (pat) 44/17
Entscheidungsdatum: 26.03.2019
Rechtsbeschwerde zugelassen: nein
Normen: §§ 91, 47 MarkenG, § 7 PatKostG

Rockamora

Jedenfalls bei Versäumung beider Fristen zur zuschlagsfreien und zur zuschlagspflichtigen Zahlung der Verlängerungsgebühren kommt in der Regel nur eine Wiedereinsetzung in die zuschlagspflichtige Zahlungsfrist in Betracht.



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 44/17

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
26. März 2019

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 305 68 758.1

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 2019 durch die Vorsitzende Richter Klante, den Richter Schwarz und die Richterin Werner

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Zugunsten des Beschwerdeführers war aufgrund der Anmeldung vom 16. November 2005 seit dem 8. Februar 2006 die Wortmarke

rockamora

für Waren der Klassen 03, 20, 24 und 25 im Markenregister eingetragen. Die nach Ende der Schutzdauer am 30. November 2015 fälligen Verlängerungsgebühren wurden weder zum 31. Januar 2016 noch mit Zuschlag am 31. Mai 2016 eingezahlt. Aufgrund dessen wurde die Marke zum 1. Dezember 2015 im Markenregister gelöscht.

Mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 26. August 2016 hat der Beschwerdeführer unter Einzahlung eines Betrages in Höhe von 1.010 Euro als Verlängerungs- und Klassengebühren, welcher dem Konto des Deutschen Patent- und Markenamtes am 30. August 2016 gutgeschrieben wurde, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.

Diesen Antrag hat er wie folgt begründet: Ihm sei Wiedereinsetzung in die versäumte zuschlagsfreie Frist zur Zahlung der Verlängerungs- und Klassengebühren zu gewähren. Hilfsweise bestimme er im Hinblick darauf, dass die eingezahlten Gebühren eine Verlängerung für vier Klassen mit Zuschlag nicht decke, die erfolgte Zahlung als Verlängerung für die Klassen 03, 24 und 25.

Von der fehlenden Zahlung und der Löschung der verfahrensgegenständlichen Marke „rockamora“, die auch Basismarke für die international registrierte Wortmarke IR 1 167 156 „rockamora“ sei, hätten seine Verfahrensbevollmächtigten erst durch das Schreiben der Abteilung des Deutschen Patent- und Markenamtes für internationale Registrierungen an die WIPO vom 17. August 2016, das seinen Verfahrensbevollmächtigten am 22. August 2016 zugegangen sei, Kenntnis erlangt.

Zur Fristversäumnis sei es aufgrund folgender Umstände gekommen: Wegen der sehr hohen Sorgfaltsanforderungen, welche die Rechtsprechung an die Einhaltung von Fristen bei Rechtsanwälten stelle, praktiziere die Kanzlei seiner Verfahrensbevollmächtigten ein strenges doppeltes Fristenkontrollsystem. Dazu gehöre ein Wiedervorlagesystem, das (u. a.) den Ablauf der Schutzfrist einer Marke drei Monate im Voraus anzeige sowie ein gesonderter Fristenkalender zu den Verlängerungsfristen. Hierdurch sei im Rahmen der Büroorganisation der Kanzlei grundsätzlich in jedem Fall eine hinreichende Überwachung der Fristen gewährleistet. Im Rahmen des Fristensystems würden aus Sicherheitsgründen, soweit dies, wie im Falle einer Schutzdauererlängerung, erforderlich sei, mehrere Fristen für eine Angelegenheit, sowohl in dem EDV-gestützten Fristenkalender, als auch in der (analogen) Handakte notiert, was anwaltlich versichert werde. Dies bedeute, dass sowohl das Schutzende einer Marke als auch die weiteren Fristen für eine zuschlagsfreie sowie zuschlagspflichtige Zahlung der Verlängerungsgebühr sowie eine angemessene Vorfrist notiert würden. Auf diesem Weg sei grundsätzlich sichergestellt, dass selbst die Versäumnis einer einzelnen Vorfrist ohne Auswirkungen bleibe. Dass die maßgeblichen Fristen ursprünglich korrekt erfasst und auch in die beschriebene Software eingepflegt worden seien, ergebe sich ohne weiteres aus den folgenden handschriftlichen Vermerken auf der vom Deutschen Patent- und Markenamt übersandten Eintragungsbescheinigung in der Handakte seiner Verfahrensbevollmächtigten:

07-10-16:10:31 jadohelp - Rechtsanwaltskanzlei

+49 (0) 611 341 8771 # 6 / 6

Eingang: 2016-10-07 11:31:27 AD: D2048131

Deutsches Patent- und Markenamt

Deutsches Patent- und Markenamt • 80287 München

Rechtsanwalt
Andreas Pappert
Bahnhofstr. 42
69185 Wiesbaden

München, den 08.02.2006

(089) 21 95 - 0

Aktenzeichen: 305 68 758.1/25.1

Inhaber: Svend Herlitzius

Ihr Zeichen: 64/05AP

Handwritten notes:
WU 30.01.16
ZD 30.01.16
JUGS 18.01.16
JUGS 30.01.16
ZUGS 30.01.16
R



Bitte Aktenzeichen und Inhaber bei allen Zahlungen und Eingaben angeben.

BESCHEINIGUNG

über die in das Register eingetragenen Angaben

Die Marke mit der Registernummer 305 68 758 ist mit den folgenden Angaben in das Register des Deutschen Patent- und Markenamts eingetragen.

Die Schutzdauer der Marke beginnt mit dem Anmeldetag und endet am 30.11.2015. Eine Verlängerung um jeweils zehn Jahre ist gemäß § 47 Markengesetz möglich.



Formlos

| | | | | | |
|--------------------|--|--|--|---|---|
| W 7310 89.01.05 | Annehmestelle auch Cochranstraße 64 / Nachrichtszentrale nur Zweibrückenstraße 12 Schreibzimmerschloß im öffentlichen Naturschutz (MNV) | Dienstgebäude Zweibrückenstraße 12 (Hauptgebäude) Cochranstraße 64 (Markenamt) Zweibrückenstraße 5-7 (Erdgeschoss) Cochranstraße 64 (Markenamt) 55 Fassergärten | Hausadresse (Dr. Frisch) Deutsches Patent- und Markenamt Dachgeschoss 64 80549 München Zweibrückenstraße 12 (Hauptgebäude), Zweibrückenstraße 5-7 (Erdgeschoss) 81 - 88 Spalter | Telefon (0 89) 21 95 - 0 Telefax (0 89) 21 95 - 22 21 Internet www.dpma.de | Bekanntmachung: Inhaber: Bundeskanzlei Weiden bei der: Bundesbank München Kto.: 700 070 54 (BLZ 700 000 08) BIC (SWIFT-CODE): MARKDE33 IBAN: DE 647000 0008 0070 0010 54 |
|--------------------|--|--|--|---|---|

D2048131

Anhand der Handschrift bzw. der Paraphe sei festzustellen, dass Rechtsanwalt P... die Eintragung seinerzeit selbst vorgenommen habe.

Vor der Gründung der Sozietät seiner Verfahrensbevollmächtigten, Rechtsanwalt P... und Rechtsanwältin P1... geb. L..., im Jahr 2015 habe zwischen diesen lediglich eine Bürogemeinschaft bestanden, so dass bis 2015 lediglich Rechtsanwalt P... sein Verfahrensbevollmächtigter gewesen sei. Rechtsan-

wältin P1... geb. L... habe für diesen lediglich vorbereitende und unselbständige Tätigkeiten wahrgenommen, weshalb sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als bloße Hilfskraft anzusehen sei. Im Dezember 2011 habe Rechtsanwältin P1... geb. L... auf der Basis einer zu der Aufgabenverteilung innerhalb der Kanzlei getroffenen Vereinbarung die Administration des täglichen Posteingangs übernommen. Zu ihrer Aufgabe habe es gehört, täglich die Fristen, jeweils mit angemessener Vorfrist (Wiedervorlage), in den elektronischen Fristenkalender der RA-Software „RA-Micro“ einzupflegen. Die von dabei eingebundenen Bürokräften eingegebenen Fristen seien durch Rechtsanwältin P1... geb. L kontrolliert worden. Dies sei jeweils durch einen entsprechenden handschriftlichen Vermerk durch Rechtsanwältin P1... in der Handakte bestätigt worden. Darüber hinaus überprüfe Rechtsanwalt P... bei regelmäßigen Stichproben, ob die Fristen ordnungsgemäß erfasst worden seien. Zu Beanstandungen sei es seit der Einrichtung dieser Fristenverwaltung nicht gekommen. Nach der Übernahme der Fristenverwaltung durch Rechtsanwältin P1... geb. L... habe diese auf der Basis einer Liste, die anhand einer Abfrage der durch die Kanzlei verwalteten Marken über die Datenbank des DPMA gewonnen und mit der hiesigen EDV abgeglichen worden sei, die zu den Marken eingetragenen Fristen für eine Schutzdauerverlängerung geprüft. Wohl aufgrund eines Augenblickversagens sei dabei augenscheinlich die für die verfahrensgegenständliche Markeneintragung eingetragene Frist nicht in die EDV eingepflegt oder aber eine dort vermerkte Frist versehentlich gelöscht worden.

Zur Glaubhaftmachung dieses Vortrags hat der Beschwerdeführer eine eidesstattlichen Versicherung der Rechtsanwältin P1... geb. L... vorgelegt. Dieser Umstand sei auch deshalb nicht aufgefallen, weil die übliche Erinnerung durch das DPMA zum Ablauf der Schutzdauer nicht zugegangen sei.

Diesen Vortrag hat der Beschwerdeführer später dahin ergänzt, dass mit großer Wahrscheinlichkeit der Umstand, dass zu dem hier fraglichen Vorgang bei Fristende elektronisch keine Fristen (mehr) erfasst waren, auf den Serverdefekt – was

anwaltlich versichert werde – zurückzuführen sei, zu dem es „deutlich zuvor“ gekommen war und der zum Verlust zahlreicher Einzeldaten, darunter auch Fristen, geführt habe. Die seinerzeit daraufhin durchgeführte, sehr zeitaufwändige manuelle Fristenkontrolle bei allen laufenden Vorgängen, die bei den Markensachen anhand der bereits erwähnten Liste mit Blick auf die Fristeintragungen vorgenommen worden sei, sei bis auf den hier in Rede stehenden Fall erfolgreich gewesen, bei dem allein die fehlenden Fristeneintragungen nicht aufgefallen seien. Die Ursache dafür könne nicht mehr aufgeklärt werden.

Mit Beschluss vom 23. Februar 2017 hat das Deutschen Patent- und Markenamt – Markenabteilung 3.1 – durch eine hiermit beauftragte Beamtin des gehobenen Dienstes den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen.

Zur Begründung ist ausgeführt: Der Antrag sei zwar zumindest hinsichtlich der versäumten Frist zur Zahlung der zuschlagspflichtigen Verlängerungsgebühren zulässig, aber unbegründet, weil die Frist zur Zahlung der Verlängerungsgebühr zuzüglich des Verspätungszuschlags nicht ohne Verschulden versäumt worden sei. Unter Zugrundelegung des Vortrags des Beschwerdeführers sei davon auszugehen, dass maßgeblich für den Fristverlust in erster Linie der geltend gemachte Serverdefekt und die daraufhin durchgeführte manuelle Fristenkontrolle einschließlich des fehlerhaften Abgleichs der Liste mit den eingetragenen Fristen für die Schutzdauer Verlängerung bzw. die Löschung der vorhandenen Daten durch Frau Rechtsanwältin P1... geb. L... sei. Unterstellt, dass ein hinreichendes Fristenüberwachungssystem vorhanden und die Übertragung der Fristenkontrolle auf eine wegen der Bürogemeinschaft nicht bevollmächtigte Anwältin zulässig gewesen sei, sei nicht hinreichend dargelegt, wann genau der Serverdefekt stattgefunden bzw. wann Frau Rechtsanwältin P1... geb. L... die manuelle Fristenkontrolle tatsächlich bearbeitet habe. Ein hinreichend genauer Zeitpunkt sei aber wegen der seit 2015 bestehenden Sozietät entscheidend, weil spätestens ab diesem Zeitpunkt die Tätigkeiten von Frau Rechtsanwältin P1... geb. L... nicht mehr als bloße Hilfstätigkeit qualifiziert werden könnten, die eine Zurechnung

des Vertreterverschuldens ausschliesse. Unterstellt, der Serverdefekt habe stattgefunden und zu einem Verlust von Fristen geführt, sei Frau Rechtsanwältin P1... geb. L... bei der dann nur möglichen manuellen Fristenkontrolle offenbar ein Fehler hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Marke unterlaufen, der im Einflussbereich des Vertreters liege.

Die hiergegen eingelegte Erinnerung, mit der der Beschwerdeführer seine bisherigen Darlegungen zusammenfassend wiederholt hat, hatte keinen Erfolg. Zusätzlich zum früheren Beschluss wird hierzu im Erinnerungsbeschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes – Markenabteilung 3.1 – vom 9. Mai 2017 ausgeführt:

Es sei bereits zweifelhaft, ob der Wiedereinsetzungsantrag innerhalb der Zweiwochenfrist des § 91 Abs. 2 MarkenG gestellt worden sei, denn bei einem „Computer-Defekt“ oder „Computer-Absturz“ sei nach einem Teil der Rechtsprechung (vgl. BFH, Entscheidung vom 23.12.2005, Az. VI R 79/04) auf den Zeitpunkt abzustellen, an dem der Verfahrensbevollmächtigte, dessen Verschulden sich der Beschwerdeführer gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen müsse, erkannt habe, dass das Computerkalendarium und damit möglicherweise auch der eingetragene Termin für eine gesetzlich bestimmte Frist verlorengegangen sei. Gehe man hiervon aus, wäre das Hindernis für das Fristversäumnis schon zum Zeitpunkt des Serverdefekts weggefallen und nicht erst am 17.08.2016 durch den Bescheid des Deutschen Patent- und Markenamtes. Letztlich komme es hierauf aber ebenso wenig an wie auf die Frage, ob Wiedereinsetzung nur in die zuschlagspflichtige oder die zuschlagsfreie Frist gewährt werden könne, denn es fehle auf jeden Fall an der Begründetheit des Antrags, weil der Erinnerungsführer nach Berücksichtigung aller Gesamtumstände nicht hinreichend dargetan und glaubhaft gemacht habe, dass er ohne Verschulden verhindert gewesen sei, die Verlängerungsgebühr nebst Zuschlag fristgerecht zu zahlen. Soweit der Fristverlust auf den vorgetragenen Serverdefekt zurückgeführt werde, sei zu berücksichtigen, dass ein auf einen "Computer-Defekt" oder "Computer-Absturz" gestützter Wiedereinsetzungsantrag näherer Darlegungen zur Art des Defekts und seiner

Behebung bedürfe (BGH II ZB 22/03 vom 17.05.2004), selbst wenn grundsätzlich ein hinreichendes Fristüberwachungssystem eingerichtet und die Übertragung der Fristenkontrolle auf eine – nicht bevollmächtigte, in Bürogemeinschaft tätige – Anwältin zulässig gewesen sei. Angesichts der außergewöhnlich dringlichen Umstände des Verlustes von elektronischen Kalenderdaten für Fristabläufe, deren Versäumung die Löschung von Schutzrechten zur Folge haben könnten, seien nochmals gesteigerte Sorgfaltsanforderungen zur Vermeidung von Fristverlusten erforderlich gewesen, die im Wiedereinsetzungsverfahren durch Tatsachenvortrag nachvollziehbar zu schildern und glaubhaft zu machen seien. Diese Voraussetzung seien im vorliegenden Fall nicht vollständig erfüllt, weil nicht vorgetragen worden sei, wann der Serverdefekt, die Neueinrichtung des Servers und das Zurückspielen der Datensicherung tatsächlich stattgefunden hätten. Dabei falle auch auf, dass im Antrag auf Wiedereinsetzung vom 26.08.2016 von einem Serverdefekt keine Rede gewesen sei, sondern Ausführungen zum Serverdefekt erst auf den Hinweisbescheid der Markenabteilung mit Schriftsatz vom 07.10.2016 gemacht worden seien. Insbesondere enthalte auch die eidesstattliche Versicherung von Frau Rechtsanwältin P1... vom 26.08.2016 keine Aussagen über einen Serverdefekt und dessen Behebung. Dass diese aufgrund eines Augenblickversagens die für die Markeneintragung zu der verfahrensgegenständlichen Marke eingetragene Frist versehentlich gelöscht haben könnte, erscheine unwahrscheinlich. Nach eigenem Vortrag hätten drei Fristen, nämlich die Fälligkeit bzw. der Ablauf der Schutzdauer, die Frist für die zuschlagsfreie Zahlung und die Frist für die zuschlagpflichtige Zahlung zuzüglich Vorfristen im System gelöscht werden müssen, und zwar im Wiedervorlagesystem, das u. a. den Ablauf der Schutzfrist einer Marke drei Monate im Voraus anzeige, sowie im gesonderten Fristenkalender mit den Zahlungsfristen für die Verlängerungsgebühren. Wahrscheinlicher erscheine die Variante, dass die streitgegenständliche Marke überhaupt nicht überprüft worden sei und deshalb die fehlenden Fristen unbemerkt geblieben wären. In Kenntnis eines Serverdefekts sei es zudem wegen der drohenden Datenverluste in der EDV nicht ausreichend gewesen, die Fristkontrolle lediglich auf der Basis einer Liste, die anhand einer Abfrage der durch die Kanzlei verwalte-

ten Marken über die Datenbank des Deutschen Patent- und Markenamtes gewonnen sei, durchzuführen, da diese keinen öffentlichen Glauben im Sinne einer positiven Publizität genieße. Vielmehr hätte die Kontrolle anhand der Handakten vorgenommen werden müssen, auf denen sämtliche Fristen vermerkt und an denen – gemäß der Festlegung in der Kanzlei – nach einer Kontrolle der EDV ein entsprechender handschriftlicher Vermerk anzubringen gewesen sei (vgl. hierzu BGH, Entscheidung vom 27.01.2015, Az. II ZB 23/13). Die vorliegend konkret getroffenen Maßnahmen im Rahmen der manuellen Fristenkontrolle seien daher nicht ausreichend gewesen, so dass das Versäumen der Zahlungsfristen im vorliegenden Fall nicht als unverschuldet angesehen werden könne. Es sei daher von einem Fehler auszugehen, welcher im Einflussbereich des Verfahrensbevollmächtigten liege, so dass die Erinnerung keinen Erfolg haben könne.

Gegen den seinen Verfahrensbevollmächtigten am 15. Mai 2017 zugestellten Beschluss vom 9. Mai 2017 hat der Beschwerdeführer mit Anwaltsschriftsatz vom 14. Juni 2017, der als Telefax am selben Tag beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangen ist, unter Zahlung der Beschwerdegebühr Beschwerde eingelegt.

Unter Bezugnahme auf die bisherigen Ausführungen hinsichtlich des Sachverhalts wird die Beschwerde wie folgt begründet: Der Antrag sei rechtzeitig gestellt worden, denn die zum Computer-Defekt genannte Rechtsprechung sei auf den hier zur Entscheidung anstehenden Sachverhalt nicht anwendbar, weil nach dem Servercrash 2011 keine zu beachtende Frist versäumt worden sei, für die zu diesem Zeitpunkt ein Wiedereinsetzungsantrag zu stellen gewesen wäre. Der zeitlich nicht mehr genau einzuordnende Servercrash habe, wie später entdeckt worden sei, zwar zum Verlust einzelner Datensätze geführt. Ob aber der Servercrash oder erst die manuelle Fristenkontrolle Ende 2011 ursprünglich zu dem Verlust der zu dem hier fraglichen Vorgang ursprünglich jedenfalls erfolgten Fristeintragungen geführt habe, lasse sich nicht feststellen. Die Wiedereinsetzung sei auch nicht vom genauen Zeitpunkt des Servercrashes abhängig. Dass die (manuelle) Kontrolle

der Fristeintragungen auf der Basis einer Liste, die anhand einer Abfrage der durch die Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers verwalteten Marken über die Datenbank des DPMA gewonnen worden seien, spiele keine Rolle, denn es sei nicht zu erkennen, dass sich Fehler im Registerstand auf die von Frau Rechtsanwältin P1... durchgeführte manuelle Fristenkontrolle ausgewirkt hätten. Vielmehr sei allein ein Augenblicksversagen der Rechtsanwältin P1... geb. L... bei der manuellen Fristenkontrolle für den Fristverlust verantwortlich gewesen. Dass Rechtsanwalt P... ursprünglich, d. h. nach der Eintragung der verfahrensgegenständlichen Marke die Fristen für die Schutzdauerverlängerung korrekt und vollständig in der Akte notiert und in den elektronisch geführten Fristenkalender aufgenommen habe, sei hinlänglich dargelegt worden.

Für den Verlust der Frist spiele es keine Rolle, ob die ursprünglich ordnungsgemäß erfolgten Fristeneintragungen hierbei versehentlich gelöscht oder anlässlich der Kontrolle – beispielsweise durch ein Verrutschen in der Zeile – die durch den Datenverlust verlorenen Fristen nicht neu eingetragen worden seien; denn in beiden Fällen liege gerade hierin das „unglückliche“ Versagen. Die danach vorgenommenen Maßnahmen seien zur Abwendung der Fristversäumnis auch geeignet gewesen, weil sie bis auf den vorliegenden Fall, bei dem es sich um einen einmaligen Ausrutscher handle, funktioniert hätten. Die im angefochtenen Beschluss angestellten Spekulationen über die Wahrscheinlichkeit der in Betracht zu ziehenden Alternativen für die Ursache der verlorenen bzw. nicht mehr vorhandenen Fristeneintragungen zu der Schutzdauerverlängerung für die verfahrensgegenständliche Marke seien ebenso wenig relevant wie der unzutreffende Hinweis darauf, dass die Fristenkontrolle angeblich nicht anhand der Liste aus der Datenbank des Deutschen Patent- und Markenamtes, sondern anhand der Handakten hätten vorgenommen werden müssen. Im Ergebnis gebe es daher keine Begründung für die Annahme im angefochtenen Beschluss, dass von einem im Einflussbereich der Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers liegenden Fehler auszugehen sei. Daher sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und die beantragte Wiedereinsetzung zu gewähren.

Der Beschwerdeführer hat schriftsätzlich angekündigt zu beantragen,

den mit der Erinnerung angegriffenen Beschluss vom 23. Februar 2017 aufzuheben und dem Antrag auf Wiedereinsetzung vom 20. August 2016 in die versäumte Frist zur Zahlung der Verlängerungs- und der Klassengebühr für die Klassen 03, 20, 24 und 25 (Hauptantrag),

hilfsweise zur Zahlung der Verlängerungsgebühr und des Verspätungszuschlags für die Klassen 03, 24 und 25 stattzugeben.

An dem von der Senatsvorsitzenden mit dem zuständigen Vertreter des Markeninhabers fernmündlich abgestimmten, von Amts wegen anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung haben weder der Beschwerdeführer noch seine Vertreter unter Berufung auf Terminkollisionen und der Entfernung zum Gerichtsort teilgenommen. Mit Schriftsatz vom 21. März 2019 haben die Verfahrensbevollmächtigten eine Kopie ihrer Handakte eingereicht und mitgeteilt, dass sie über das schriftliche Vorbringen hinaus nichts zur nachträglichen Aufklärung in der mündlichen Verhandlung beitragen könnten.

II.

A. Die Beschwerde ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. Zu Recht hat das Deutsche Patent- und Markenamt den Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Verlängerungs- und Klassengebühren nebst Zuschlag zurückgewiesen.

1. Soweit der Markeninhaber mit seinem Hauptantrag die Wiedereinsetzung in die zuschlagsfreie Zahlungsfrist nach § 7 Abs. 1 Satz 1 PatKostG begehrt, ist dieser Antrag allerdings bereits von vornherein unzulässig.

a) Nach § 47 Abs. 2 MarkenG kann die Schutzdauer einer Marke, die nach § 47 Abs. 1 MarkenG nach 10 Jahren am letzten Tag des Monats, der durch seine Benennung dem Monat entspricht, endet, jeweils um weitere 10 Jahre verlängert werden, sofern nach § 47 Abs. 3 MarkenG eine Verlängerungsgebühr gezahlt wird; andernfalls wird die Marke gelöscht (§ 47 Abs. 6 MarkenG). Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 MarkenG ist die Verlängerungsgebühr zwar am Tag des Schutzdauerablaufs fällig, gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 PatKostG besteht eine Zahlungsfrist aber erst nach Ablauf von 2 weiteren Monaten (im Folgenden: zuschlagsfreie Zahlungsfrist). Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 PatKostG ist es bei Versäumung der zuschlagsfreien Zahlungsfrist noch möglich, die Verlängerungsgebühr mit einem Verspätungszuschlag bis zum Ablauf des 6. Monats nach Fälligkeit zu zahlen (im Folgenden: zuschlagspflichtige Zahlungsfrist). Nach Nr. 332 100 des Kostenverzeichnisses zum PatKostG beläuft sich die Verlängerungsgebühr für die Marke einschließlich der Klassengebühren für bis zu 3 Klassen auf 750 € und nach Nr. 332 300 KV PatKostG für jede weitere Klasse auf 260 €. Der Verspätungszuschlag für die Marke mit bis zu 3 Klassen beträgt 50 € (Nr. 332 101 KV PatKostG), für jede weitere Klasse ist ebenfalls jeweils 50 € zu zahlen (Nr. 332 301 KV PatKostG).

Für die vorliegende, am 16. November 2005 angemeldete Marke lief die Schutzdauer somit am 30. November 2015 ab. Damit wären die Verlängerungs- und Klassengebühren bis spätestens 30. Januar 2016 ohne Zuschlag oder bis 30. April 2016 mit Zuschlägen zu zahlen gewesen. Da die Marke vier Klassen beansprucht, beliefen sich die zuschlagsfreien Gebühren somit auf insgesamt (750 € + 260 € =) 1.010 € und die zuschlagspflichtigen Gebühren auf (750 € + 50 € + 260 € + 50 € =) 1.110 €. Mit dem am 30. August 2016 eingezahlten Betrag von 1.010 € hat der Beschwerdeführer mithin nur die zuschlagsfreien Gebühren für vier Klassen gezahlt, während dieser Betrag als zuschlagspflichtige Zahlung nicht ausreicht, denn für diese deckt der gezahlte Betrag lediglich die zuschlagspflichtige Verlängerungsgebühr für die Marke einschließlich der Klassengebühren für 3 Klassen ab, die sich auf insgesamt (750 € + 50 € =) 800 € belaufen.

b) Fristen i. S. d. § 91 MarkenG sind dabei nicht nur verfahrens-, sondern auch materiell-rechtlicher Natur (vgl. hierzu grundlegend für den Fall der Jahresgebühren für Patente BGH GRUR 2008, 551, 552 [Rn. 13] – Sägeblatt). Grundsätzlich käme damit zwar auch die Wiedereinsetzung in die zuschlagsfreie Zahlungsfrist nach § 7 Abs. 1 Satz 1 PatKostG in Betracht, dem steht aber entgegen, dass einem solchen Antrag das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

Zwar hat die Versäumung der zuschlagsfreien Frist einen Rechtsnachteil zur Folge. Da hierunter aber nur die unmittelbare Folge der Fristversäumung zu verstehen ist (vgl. Gruber in: Kur/v. Bomhard/Albrecht, BeckOK, 16. Edition, Stand 14.01.2019, § 91 Rn. 13), besteht der für eine Wiedereinsetzung grundsätzlich erforderliche Rechtsnachteil bei Versäumung der zuschlagsfreien Zahlungsfrist nicht im drohenden Verlust des Schutzrechts nach § 47 Abs. 6 MarkenG, sondern nur in der Verpflichtung zur Zahlung des Zuschlags nach § 7 Abs. 1 Satz 2 PatKostG (vgl. BGH GRUR 1999, 574, 575 – Mehrfachsteuersystem; BPatGE 1, 15, 20).

c) Allerdings ist jedenfalls dann, wenn – wie hier – sowohl die Frist zur zuschlagsfreien als auch die Frist zur zuschlagspflichtigen Zahlung versäumt wurde, nur eine Wiedereinsetzung in die letztgenannte Frist möglich, da einem (wie hier als Hauptantrag gestellten) Antrag auf Wiedereinsetzung in die zuschlagsfreie Zahlungsfrist aufgrund der gesetzlichen Regelungen zum Zahlungssystem für Verlängerungsgebühren das Rechtsschutzbedürfnis fehlt.

Denn Sinn und Zweck der völkervertraglich vorgeschriebenen (Art. 5 bis Abs. 1 PVÜ) zuschlagspflichtigen Nachfrist besteht gerade darin, den bei Fristversäumnis der eigentlichen Zahlungsfrist ansonsten unmittelbar eintretenden Schutzrechtsverlust zu vermeiden und dem Schutzrechtsinhaber nochmals in einem einfachen und schnellen Verfahren Gelegenheit zu geben, sein Schutzrecht trotz der Fristversäumnis – durch Nachzahlung mit Zuschlag – aufrecht zu erhalten. Die zuschlagspflichtige Zahlungsfrist hängt dabei gerade nicht davon ab, ob die Ver-

säumung der ersten Frist verschuldet oder unverschuldet war. Damit ist es auch Ziel der Regelung, eine Prüfung des Grundes, der für die Versäumung der zuschlagsfreien Zahlungsfrist verantwortlich war und damit bei unverschuldeter Säumnis Grundlage eines Wiedereinsetzungsantrages sein könnte, gerade zu vermeiden. Dieses gesetzliche Ziel würde aber konterkariert, wenn der Schutzrechtsinhaber die Wahl zwischen dem Wiedereinsetzungsantrag und der Zahlung mit Zuschlag hätte oder gar beides miteinander kombinieren könnte. Denn dies würde dem gesetzlichen Ziel zuwiderlaufen, mit der Zahlung des Verspätungszuschlages eine einfache und schnelle Lösung zur Sicherung des Fortbestandes des Schutzrechts ohne vorherige aufwändige Prüfung möglicher Wiedereinsetzungsgründe in die zuschlagsfreie Zahlungsfrist zur Verfügung zu stellen. Da das Gesetz für die Versäumung der zuschlagsfreien Zahlungsfrist mithin eine einfachere und schnellere Lösung enthält, fehlt zumindest bei Versäumung beider Fristen dem Antrag auf Wiedereinsetzung in die zuschlagspflichtige Frist in der Regel das Rechtsschutzbedürfnis.

2. Der nach § 91 Abs. 1 MarkenG statthafte Hilfsantrag auf Wiedereinsetzung in die zuschlagspflichtige Zahlungsfrist für die Verlängerung der verfahrensgegenständlichen Marke für drei Klassen ist entgegen der vom Deutschen Patent- und Markenamt geäußerten Zweifel zulässig.

a) Für die Rechtzeitigkeit des Antrages spielt der vom Beschwerdeführer vortragene Servercrash beim EDV-System seiner Verfahrensbevollmächtigten für die Berechnung der Frist nach § 91 Abs. 2 MarkenG von vornherein keine Rolle. Denn diese Norm knüpft für die Frist, innerhalb derer der Wiedereinsetzungsantrag zu stellen ist, an das Hindernis an, welches der Einhaltung der Frist unmittelbar entgegenstand. Das unmittelbare Hindernis bestand im vorliegenden Fall nach dem Vortrag des Beschwerdeführers – der bei der Beurteilung dieser formalen Frage als richtig zu unterstellen ist – aber in der mangelnde Kenntnis vom Bestehen der Zahlungsfrist, während die Umstände, welche hierfür (möglicherweise) verantwortlich waren, als nur mittelbare Ursachen für das Ausbleiben der Zahlung

außer Betracht zu bleiben haben. Dementsprechend ist dieses Hindernis erst mit Kenntniserlangung von den mittlerweile abgelaufenen Zahlungsfristen entfallen. Da dies nach dem Vortrag des Beschwerdeführers erst mit Eingang des Schreibens des Deutschen Patent- und Markenamtes an die WIPO am 22. August 2016 der Fall gewesen war, war der am 26. August 2016 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangene Wiedereinsetzungsantrag nach § 91 Abs. 2 MarkenG fristgerecht.

b) Da der Antrag auch begründet (§ 91 Abs. 3 MarkenG) und die versäumte Handlung jedenfalls für drei Klassen rechtzeitig nachgeholt wurde (§ 91 Abs. 4 MarkenG), liegen auch die übrigen formalen Voraussetzungen für den Wiedereinsetzungsantrag vor.

3. Das Deutsche Patent- und Markenamt hat dem Beschwerdeführer die begehrte Wiedereinsetzung aber im Ergebnis zu Recht versagt, da der Wiedereinsetzungsantrag mangels hinreichender Glaubhaftmachung eines Wiedereinsetzungsgrundes (§ 91 Abs. 1 und 3 Satz 2 MarkenG) unbegründet ist.

a) Nach § 91 Abs. 1 MarkenG ist die begehrte Wiedereinsetzung zu gewähren, wenn den Antragsteller an der Fristversäumnis kein Verschulden trifft. Ohne Verschulden ist eine Frist versäumt, wenn die für einen verständigen und gewissenhaften, seine Belange sachgerecht wahrnehmenden Verfahrensbeteiligten gebotene und ihm nach den konkreten Umständen zumutbare Sorgfalt beachtet wurde, wofür die tatsächlich vorhandenen praktischen Möglichkeiten zugrunde zu legen sind (vgl. Kur/v. Bomhard/Albrecht, BeckOK Markenrecht, 16. Edition, Stand 14.01.2019, § 91 Rn. 15 m. w. N.). Nach allgemeiner Ansicht steht das bloße Verschulden Dritter, zu denen, da § 278 BGB insoweit nicht gilt, auch die Angestellten und Mitarbeiter des Beteiligten gehören, nicht dem Verschulden des Verfahrensbeteiligten gleich, sofern dieser seiner Eigenverantwortlichkeit bei der Aufsicht, Organisation oder Information seiner Angestellten genügt hat (vgl. Zöller/Greger, 32. Aufl., § 233 Rn. 16). Soweit die Fristversäumung hingegen (auch) auf einem

Verschulden des Bevollmächtigten beruht, steht dessen Verschulden kraft Gesetzes (§ 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 85 Abs. 2 ZPO) dem Verschulden des Verfahrensbeteiligten gleich. Bei Mitwirkung von Patent- und Rechtsanwälten stellt die Rechtsprechung an diese hohe Sorgfaltsanforderungen bei der Einhaltung von Fristen (vgl. Zöller/Greger, a. a. O., Rn. 23 „Fristenbehandlung“ m. w. N.); dabei ist die durch das Büropersonal des Verfahrensbevollmächtigten verursachte Fristversäumnis bei einer mangelnden Büroorganisation als Eigenverschulden des Anwalts anzusehen (vgl. Zöller/Greger, a. a. O., Rn. 23 „Büropersonal und –organisation“ m. w. N.). Die Umstände, welche hiernach eine Wiedereinsetzung begründen können, hat der Antragsteller im Einzelnen vorzutragen und glaubhaft zu machen. Soweit eine Glaubhaftmachung von dem Verschulden ausschließenden Umständen nicht erfolgreich ist, ist die Wiedereinsetzung zu versagen.

b) Nach diesen Grundsätzen ist vorliegend ein Wiedereinsetzungsgrund zu verneinen, da keine Umstände glaubhaft gemacht wurden, welche nach den vorgenannten Grundsätzen ein Verschulden des Beschwerdeführers oder seiner Verfahrensbevollmächtigten entfallen ließen.

aa) Die vorliegend zu beurteilende Frage, inwieweit der Beschwerdeführer oder seine Verfahrensbevollmächtigten beide Zahlungsfristen unverschuldet versäumt haben, setzt zunächst voraus, dass die relevanten Fristen ursprünglich entsprechend den hierzu von der Rechtsprechung aufgestellten Vorgaben ordnungsgemäß im Fristenkalender eingetragen waren und danach aufgrund von Umständen aus diesem entfernt worden sind, die weder der Beschwerdeführer noch seine Verfahrensbevollmächtigte nach § 82 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 85 Abs. 2 ZPO zu vertreten hatten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es – entgegen dem Vortrag des Beschwerdeführers, der bis zur mündlichen Verhandlung durchgehend nur auf eine Frist abgestellt hat – bei der hier in Rede stehenden Zahlung der Verlängerungsgebühren nicht nur um eine, sondern insgesamt um fünf Fristen geht, welche im Fristenkalender einzutragen gewesen wären, nämlich um die Ablauffrist selbst, sodann um die zuschlagsfreie Zahlungsfrist, des Weiteren um die zuschlagspflich-

tige Zahlungsfrist und schließlich um zwei angemessene Vorfristen zu den beiden letztgenannten Fristen. Damit käme eine Wiedereinsetzung nur in Betracht, wenn hinreichend glaubhaft gemacht wäre, dass alle fünf Fristen ursprünglich ordnungsgemäß eingetragen waren, aber in der Folgezeit aus weder vom Beschwerdeführer noch von seinen Verfahrensbevollmächtigten zu vertretenden Umständen nicht mehr feststellbar gewesen wären. Wäre nämlich nur eine dieser fünf Fristen nicht nur ursprünglich, sondern auch noch im fraglichen Zeitraum zum Ablauf der verfahrensgegenständlichen Marke eingetragen gewesen, schied eine Wiedereinsetzung von vornherein aus. Ein solcher, eine unverschuldete Versäumung der Fristen darlegender Sachverhalt ist allerdings nicht glaubhaft gemacht worden.

bb) Denn worauf der Beschwerdeführer und seine Verfahrensbevollmächtigten bereits mit dem Ladungszusatz hingewiesen worden sind, kann dem Vortrag des Beschwerdeführers schon nicht mit der hinreichenden Wahrscheinlichkeit entnommen werden, dass die hier relevanten Fristen nach Eingang der Mitteilung über die Eintragung der Marke im Register ordnungsgemäß im Fristenkalender eingetragen waren. Da der Fristenkalender selbst nach dem Vortrag des Beschwerdeführers nicht mehr existiert, kommen hierfür ohnehin nur Indizien in Betracht, die glaubhaft zu machen sind. Die hierfür vorgelegten Glaubhaftmachungsmittel, insbesondere die eingereichten Unterlagen, reichen aber nicht aus, eine ordnungsgemäße Eintragung der hier in Rede stehenden fünf Fristen zumindest im Wege des Indizes hinreichend glaubhaft zu machen.

Allerdings ergibt sich aus dem Vortrag und den hierzu eingereichten, als Glaubhaftmachungsmittel zulässigen Unterlagen, dass die Fristen zur Zahlung der Verlängerungsgebühren vom damaligen alleinigen Verfahrensbevollmächtigten ordnungsgemäß berechnet und in der Handakte notiert worden waren. Damit war den rechtlichen Anforderungen, nach denen die Berechnung der vorliegend als rechtlich schwierig einzustufenden Fristen nur der Anwalt selbst vornehmen und nicht seinem Büropersonal überlassen darf (vgl. Stackmann in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., § 233 Rn. 135 m. w. N.), Genüge getan.

Nach ständiger Rechtsprechung ist jede Frist aber nicht nur vom Anwalt selbst zu berechnen und in der Handakte zu vermerken, sondern die jeweilige Frist ist sodann auch im Fristenkalender einzutragen, wobei die Eintragung der jeweiligen Frist im Fristenkalender anschließend jeweils durch einen gesonderten Erledigungsvermerk – zweckmäßigerweise mit Handzeichen und Datumsangabe desjenigen, der die Eintragung im Fristenkalender vorgenommen hatte – an der Fristennotierung auf den Handakten kenntlich zu machen ist (vgl. BGH NJW 2003, 1815, 1816 unter II. 3. b)). Dieser gesonderte Vermerk ist auch dann erforderlich, wenn der Anwalt selbst den Eintrag im Fristenkalender vorgenommen hat, denn andernfalls lässt sich der Vollzug dieses Vorgangs aus den Handakten – worauf sich die Kontrolle des Anwalts beschränken darf – nicht mehr entnehmen.

Solche Vermerke über die Eintragung der Fristen im Fristenkalender, die diesen Anforderungen genüge, lassen sich vorliegend weder dem vorgelegten Auszug aus den Handakten des Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers noch den sonstigen eingereichten Glaubhaftmachungsmitteln entnehmen. Zwar wurden, wie sich aus der vorgelegten Kopie der Handakte ergibt, die vom damaligen alleinigen Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers zutreffend berechneten Fristen in der Handakte notiert, es fehlen aber die erforderlichen (gesonderten) insgesamt fünf Vermerke, die nach der Rechtsprechung an den in der Handakte notierten Fristen als Beleg für ihre Übertragung in den Fristenkalender anzubringen gewesen wären.

Zwar befindet sich auf der Kopie der entsprechenden Seite aus der Handakte auch ein den Eingang der Bescheinigung des Deutschen Patent- und Markenamtes über die Markeneintragung dokumentierender Datumsstempel, in den handschriftlich auf einer wohl hierfür vorgesehenen punktierten Linie der Vermerk „Frist not.“ mit einer Namensparaphe eingefügt wurde, bei der es sich nach dem Vortrag des Beschwerdeführers um diejenige seines damaligen Verfahrensbevollmächtigten handeln soll. Dieser Vermerk ist aber nicht mit hinreichender Sicherheit als Nachweis für die Eintragung der fünf Fristen in den Fristenkalender geeignet. Hier-

gegen spricht zunächst schon, dass in diesem im Datumsstempel handschriftlich eingefügten Vermerk nur von einer statt von mehreren Fristen die Rede ist, so dass der Stempelvermerk nicht zwingend den fünf Fristen zugeordnet werden kann. Darüber hinaus steht einer solchen Zuordnung neben dem räumlichen Abstand zwischen den am oberen rechten Rand niedergelegten Fristen und dem in der Mitte befindlichen Stempel mit diesem handschriftlichen Eintrag auch entgegen, dass er sich gerade innerhalb dieses den Eingang der Bescheinigung des Deutschen Patent- und Markenamtes über die Markeneintragung dokumentierenden Datumsstempels befindet. Denn damit kann er sich nur auf den Datumsstempel selbst beziehen, nicht aber auf die Fristen, die erst nach dem durch diesen handschriftlich ergänzten Stempel dokumentierten Erhalt der Bescheinigung auf das Dokument geschrieben worden sein können. Insofern ist dieser nicht eindeutig der Eintragung der fünf Fristen im Fristenkalender zuordenbare handschriftliche Vermerk als Bestätigung für eine Eintragung der fünf Fristen im Fristenkalender ungeeignet. Sonstige Glaubhaftmachungsmittel liegen nicht vor; insbesondere ist eine Eintragung im Fristenkalender weder in der eidesstattliche Versicherung der Rechtsanwältin P1... geb. L... erwähnt noch – was allerdings wegen der vorstehenden Ausführungen, zu denen eine solche anwaltliche Versicherung, wenn sie vorläge, in Widerspruch stünde, ohnehin nicht ausreichend gewesen wäre – anwaltlich versichert.

Da es nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers aber an einer Glaubhaftmachung fehlt, aufgrund derer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Eintragung der hier in Rede stehenden fünf Fristen im Fristenkalender anzunehmen wäre, ist auch der Annahme, die Versäumung der hier in Rede stehenden Fristen sei sowohl für den Beschwerdeführer als auch für seine Verfahrensbevollmächtigten unverschuldet, die Grundlage entzogen, ohne dass es hierfür noch auf den weiteren Vortrag des Beschwerdeführers über den angeblichen Servercrash und die damit angeblich fehlgeschlagenen Versuch einer Rekonstruktion der verloren gegangenen Fristen im Fristenkalender ankäme.

4. Da mithin ein mangelndes Verschulden des Verfahrensbevollmächtigten an der Fristversäumung nicht glaubhaft gemacht wurde, hat das Deutsche Patent- und Markenamt den Wiedereinsetzungsantrag zu Recht als unbegründet zurückgewiesen, so dass die hiergegen erhobene Beschwerde zurückzuweisen war.

B. Für eine Rückzahlung der Beschwerdegebühr nach § 71 Abs. 3 MarkenG besteht ebenso wenig Veranlassung wie für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 83 MarkenG.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. 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. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Klante

Schwarz

Werner

Ko