



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 55/20

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2017 024 171

**(hier: Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Einlegung der
Beschwerde)**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 21. Juni 2021 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge, des Richters Dr. von Hartz und der Richterin kraft Auftrags Dr. Rupp-Swienty

beschlossen:

1. Der Antrag der Inhaberin der angegriffenen Marke auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Einlegung der Beschwerde gegen den Beschluss der Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 8. Juni 2020 wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde wird als unzulässig verworfen.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Inhaberin der angegriffenen Marke auferlegt.

Gründe

I.

Gegen die Eintragung der für Waren und Dienstleistungen der Klassen 3, 8, 21, 35 und 44 geschützten Wortmarke „NEOVI“ (30 2017 024 171) der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin aus der für Produkte der Klasse 3 registrierten Wortmarke „Nivea“ (82 840) Widerspruch erhoben, der sich nur gegen die angegriffenen Waren der Klasse 3 richtet.

Mit Beschluss vom 8. Juni 2020 hat die Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts (DPMA) eine teilweise Verwechslungsgefahr bejaht und die jüngere Marke für den überwiegenden Teil der Waren der Klasse 3 gelöscht. Dieser Beschluss ist der Verfahrensbevollmächtigten der Inhaberin der angegriffenen Marke ausweislich des Empfangsbekenntnisses am 16. Juni 2020 zugestellt worden. Er enthält folgende Rechtsmittelbelehrung: „... Die **Beschwerde** kann stattdessen auch in **elektronischer Form** eingereicht werden (§ 95a Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 MarkenG i. V. m. § 130a Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 3 Zivilprozessordnung (ZPO), § 12 der Verordnung über das Deutsche- Patent- und Markenamt (DPMAV), §§ 1 ff. der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Deutschen Patent- und Markenamt (ERVDPMAV)). Die näheren (technischen) Voraussetzungen sind in der ERVDPMAV aufgeführt. ...“

Am 14. Juli 2020 hat die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin eine Beschwerdegebühr eingezahlt. In der Akte befindet sich eine Beschwerdeschrift ihrer anwaltlichen Vertreterin mit Beschwerdebegründung nebst neun Anlagen vom 16. Juli 2020, die am oberen Rand den Aufdruck „25-07-2020-26751102-HauptPost-0002“ trägt.

Mit Schriftsatz vom 20. Juli 2020, der vorab als Telefax beim DPMA an demselben Tag eingegangen ist, beantragt die Inhaberin der angegriffenen Marke Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Zur Begründung führt sie aus, ihre Verfahrensbevollmächtigte habe die Beschwerdeschrift am 16. Juli 2020 über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) beim DPMA eingereicht. Da deren Kanzleimitarbeiter aufgrund gelegentlicher Zustellprobleme beim beA angehalten seien, vor Streichung der Frist stets den fristgerechten Zugang von Schriftsätzen durch telefonische Nachfrage bei der empfangenden Stelle und Sichtung des Zustellvermerks in der beA-Nachricht zu überprüfen, habe eine Mitarbeiterin am 16. Juli 2020 um 13.59 Uhr nach Übermittlung des Dokuments per beA telefonisch beim DPMA nachgefragt, ob die Beschwerde per beA angekommen sei und dabei ausdrücklich erklärt, dass es sich um eine Beschwerde und eine Fristsache

handele. Die Mitarbeiterin des DPMA habe geantwortet, dass frühestens am 17. Juli 2020 bzw. 20. Juli 2020 mitgeteilt werden könne, ob die Beschwerde eingegangen sei, da die Nachrichten zentral abgerufen würden, aber in der Regel gingen die Nachrichten ein. Sie habe nicht darauf hingewiesen, dass eine Übermittlung per beA nicht möglich sei (Anlagen 2 und 4). Aufgrund des Zustellvermerks in der beA-Nachricht vom 16. Juli 2020 um 10.37 Uhr (Anlage 5) sei die Mitarbeiterin davon ausgegangen, dass die Beschwerde fristgerecht eingegangen sei und habe von einer zusätzlichen Übermittlung abgesehen. Am 20. Juli 2020 habe die anwaltliche Vertreterin der Antragstellerin eine Nachricht des DPMA vom 17. Juli 2020 über das beA-Postfach abgerufen, in der mitgeteilt worden sei, dass über das besondere Behördenpostfach (beBPo) keine schutzrechtsbezogenen Eingaben übermittelt werden könnten und die Nachricht nicht bearbeitet werde (Anlage 1). Für die Mitarbeiterin, die die Schriftsätze und Nachrichten vorbereite und sehr zuverlässig vor allem im Umgang mit Fristen sei, sei zu keiner Zeit erkennbar gewesen, dass die Beschwerde nicht fristgerecht übermittelt worden sei. Selbst für die Verfahrensbevollmächtigte sei dies erst nach eingehender Prüfung erkennbar gewesen (Anlage 6). Die Antragstellerin ist der Ansicht, die Beschwerde habe das DPMA fristgerecht am 16. Juli 2020 erreicht. Es handele sich allenfalls um einen Formfehler, der durch den tatsächlichen Zugang gemäß § 189 ZPO geheilt worden sei. Selbst wenn die Frist versäumt worden sei, sei dies ohne Verschulden erfolgt. Zwar weise die Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Beschluss auf die Übermittlung in elektronischer Form hin, aber die speziellen gesetzlichen Vorschriften fänden sich erst drei Zeilen später und durch die reine Angabe der Vorschriften könne erst nach ausgiebiger Recherche überhaupt erkannt werden, dass das beA als elektronische Form im vorliegenden Verfahren nicht zulässig sei. Da die Übermittlung per beA in den meisten Angelegenheiten möglich sei, habe die Kanzleimitarbeiterin ohne intensive Recherche der gesetzlichen Vorschriften den unzulässigen Übermittlungsweg nicht erkennen können. Sie habe alles Erforderliche getan, indem sie beim DPMA ausdrücklich unter Nennung der fristwahrenden Beschwerde telefonisch nachgefragt habe, ob die Nachricht angekommen sei. Die Mitarbeiterin des DPMA

habe nicht mitgeteilt, dass eine fristwahrende elektronische Einreichung einer Beschwerde mittels beA nicht möglich sei. Eine Prüfung des Sendeprotokolls (Anlage zum Schriftsatz vom 15. April 2021) habe ergeben, dass eine Zustellung der Nachricht an das DPMA erfolgreich und das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen gewesen sei.

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

1. den Beschluss der Markenstelle für Klasse 3 des DPMA vom 8. Juni 2020 aufzuheben und den Widerspruch aus der Marke 82 840 insgesamt zurückzuweisen;
2. hilfsweise, Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Einlegung der Beschwerde zu gewähren.

Die Beschwerdegegnerin beantragt sinngemäß,

1. die Beschwerde zurückzuweisen;
2. den hilfsweise gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung zurückzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, die Frist zur Einlegung der Beschwerde sei schuldhaft versäumt worden, weil die Antragstellerin die Beschwerdeschrift über das beBPO eingereicht und somit eine unzulässige Form der Übermittlung gewählt habe. Die Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Beschlusses weise ausdrücklich auf die Vorschriften der ERVDPMAV hin. Aus ihnen ergebe sich, dass ein elektronisches Dokument nicht über das beBPO eingereicht werden könne. Insoweit bestimme § 1 Abs. 5 Nr. 2 EGovG, dass dieses nicht für Verfahren vor dem DPMA gelte. Die Antragstellerin hätte sich über die zulässigen Möglichkeiten der elektronischen Übermittlung informieren und zur Sicherheit die Beschwerde dem DPMA vorab per Telefax einreichen können und müssen. Eine Heilung nach § 189 ZPO scheidet aus,

weil sich diese Vorschrift ausschließlich auf eine mangelhafte Zustellung beziehe, an der es vorliegend fehle. Im Übrigen verfüge das elektronische Dokument vom 16. Juli 2020 nicht über die erforderliche Signatur.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

1. Die gemäß § 66 Abs. 1 MarkenG statthafte Beschwerde ist unzulässig. Zwar ist die Beschwerdegebühr rechtzeitig gezahlt worden, aber die Beschwerde ist nicht form- und fristgerecht eingelegt worden.

a) Der angefochtene, mit einer Rechtsmittelbelehrung gemäß § 61 Abs. 2 Satz 1 MarkenG versehene Beschluss ist den Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin am 16. Juni 2020 gemäß § 94 Abs. 1 i. V. m. § 5 Abs. 4 VwZG gegen Empfangsbekanntnis zugestellt worden. Die einmonatige Beschwerdefrist gemäß § 66 Abs. 2 MarkenG und damit auch die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr gemäß § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 1 Satz 1 PatKostG haben mit der Beschlusszustellung am 16. Juni 2020 zu laufen begonnen und mit Ablauf des 16. Juli 2020 geendet (§§ 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG, 222 ZPO i. V. m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB). Die Beschwerdegebühr ist mit Wertstellung vom 14. Juli 2020, also innerhalb dieser Monatsfrist und damit fristgemäß überwiesen worden.

b) Die Beschwerde ist aber nicht formgemäß nach § 66 Abs. 2 MarkenG erhoben worden, weil nicht der gemäß § 95a Abs. 3 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 3 Abs. 1 ERVDPMAV zugelassene Übertragungsweg – über die elektronische Annahmestelle des DPMA – für den Empfang elektronischer Schutzrechtsdokumente benutzt worden ist.

aa) Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 ERVDPMAV ist zur Einreichung elektronisch übermittelter Dokumente ausschließlich die elektronische Annahmestelle des DPMA bestimmt. Für die signaturgebundene Einreichung ist diese Annahmestelle über die vom DPMA zur Verfügung gestellte Zugangs- und Übertragungssoftware erreichbar (§ 3 Abs. 1 Satz 2 ERVDPMAV). Die Software kann über die Internetseite www.dpma.de unentgeltlich heruntergeladen werden (§ 3 Abs. 1 Satz 3 ERVDPMAV). Auf der Homepage des DPMA unter der Rubrik „Kontakt“ weist das DPMA auf Folgendes hin:

„In Verwaltungsangelegenheiten können Sie das DPMA auch über die De-Mail-Adresse "info@dpma.de-mail.de" und über das besondere Behördenpostfach (beBPO) als Teil der Infrastruktur des Elektronischen Gerichts und Verwaltungspostfachs (EGVP) erreichen. Bitte beachten Sie, dass über diese Zugänge weder schutzrechtsbezogene Eingaben (Patente und Gebrauchsmuster, Marken, Designs) noch Eingaben zu den Verfahren der Schiedsstellen des DPMA eingereicht werden können. Gleiches gilt für Verfahren nach dem Verwertungsgesellschaftengesetz.

Bitte senden Sie uns Ihre Schutzrechtsanmeldung (Patent-, Marken-, Gebrauchsmuster- oder Designanmeldung) auch nicht per E-Mail. Rechtswirksame Verfahrenshandlungen wie Anmeldungen, Anträge, Eingaben sind nicht per E-Mail, sondern ausschließlich per Post, per Telefax, mit den Verfahren DPMAdirektPro und DPMAdirektWeb oder persönlich möglich.“

bb) Die elektronische Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke gegen den Teillöschungsbeschluss hätte daher als schutzrechtsbezogene Eingabe mittels der auf der Internetseite des DPMA genannten Zugangs- und Übertragungssoftware DPMAdirektPro oder DPMAdirektWeb an die ausschließlich zuständige elektronische Annahmestelle des DPMA übermittelt werden müssen. Die

Einreichung schutzrechtsbezogener Eingaben über das besondere Behördenpostfach (beBPO) ist ausgeschlossen.

cc) Die am 16. Juli 2020 über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) an das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPo) des DPMA übermittelten Dateien mit dem Beschwerdeschriftsatz nebst Anlagen gelten nicht gemäß § 95a Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 130a Abs. 5 Satz 1 ZPO bereits mit der Speicherung in diesem Postfach als beim DPMA eingegangen, weil sie nicht auf den für den Empfang solcher Eingaben nach der Sonderregelung des § 95a Abs. 3 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 3 Abs. 1 ERVDPMAV bestimmten Einrichtung des DPMA gespeichert worden sind. Einer wirksamen Übermittlung an das beBPo steht auch § 1 Abs. 5 Nr. 2 des Gesetzes zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz – EGovG) entgegen, weil er eine Anwendung dieses Gesetzes für Verfahren vor dem DPMA explizit ausschließt.

dd) Die Vorschrift des § 130a Abs. 4 Nr. 2 ZPO, die das beA als sicheren Übermittlungsweg bezeichnet, ist nach § 95a Abs. 1 MarkenG nicht entsprechend anwendbar.

ee) Eine Heilung durch ordnungsgemäße Nachreichung gemäß § 95a Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 130a Abs. 6 Satz 2 ZPO kommt nicht in Betracht.

aaa) Nach § 130a Abs. 6 Satz 2 ZPO gilt ein elektronisches Dokument, das für das Gericht zur Bearbeitung nicht geeignet ist, als zum Zeitpunkt der früheren Einreichung eingegangen, sofern der Absender es unverzüglich in einer für das Gericht zur Bearbeitung geeigneten Form nachreicht und glaubhaft macht, dass es mit dem zuerst eingereichten Dokument inhaltlich übereinstimmt.

bbb) Diese Eingangsfiktion ist aber nur anwendbar, wenn das elektronische Dokument für die „Bearbeitung“ durch die adressierte Behörde nicht geeignet ist, also ein Formatfehler oder eine mangelhafte Datei vorliegt. Von dieser

„Bearbeitung“ ist die hier vorliegende Frage der „Übermittlung“ von Dokumenten zur Wahrung der prozessualen Form zu unterscheiden (vgl. BAG NJW 2020, 2351 Rdnr. 41; BSG NJW 2018, 2222 Rdnr. 8 f.; BPatG 29 W (pat) 31/20 – avirem/AVIRA; 30 W (pat) 4/18 – Bienensauna; OLG Frankfurt NJW-RR 2018, 1456 Rdnr. 15).

ff) Eine Heilung des Mangels ist auch nicht gemäß § 94 Abs. 2 MarkenG i. V. m. § 189 ZPO möglich. Danach gilt u. a. ein Dokument, das unter Verletzung zwingender Zustellungs Vorschriften zugeworfen ist, in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem das Dokument der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugeworfen ist. Diese Vorschrift ist nur im Fall einer gesetzlich oder gerichtlich angeordneten, in gesetzlicher Form zu bewirkenden und zu beurkundenden Bekanntgabe eines Dokuments an den Zustellungsadressaten anwendbar. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Die Einlegung eines Rechtsmittels wird weder gesetzlich noch gerichtlich angeordnet, sondern beruht auf dem freien Willen des Rechtsmittelführers.

gg) Die rechtzeitige Zahlung der Beschwerdegebühr kann eine formgerechte Beschwerdeschrift ebenfalls nicht ersetzen.

Allein aus einer Gebühreinzahlung kann nicht auf den eindeutigen Willen geschlossen werden, gleichzeitig Beschwerde einlegen zu wollen (BGH GRUR 1989, 506 Juris-Tz. 12 – Widerspruchsunterzeichnung). Aus ihr können die konkreten Absichten des Beschwerdeführers nicht entnommen werden. Lediglich aus der Beschwerdeschrift selbst ergeben sich der Umfang der Beschwerde, die gestellten Haupt-, Hilfs- oder Kostenanträge und ähnliches. Hinzu kommt, dass ein Beschwerdeführer möglicherweise zunächst – vor Einreichung der Beschwerdeschrift – eine Beschwerdegebühr entrichtet, im Anschluss daran jedoch die Entscheidung trifft, sein Begehren nicht im Wege einer Beschwerde weiterverfolgen zu wollen. Die aus Gründen der Rechtssicherheit erforderliche Gewähr für die Einlegung eines Rechtsmittels kann daher aus der

Gebührenzahlung nicht abgeleitet werden (BPatG 33 W (pat) 67/02 – sms4u; BPatG a. a. O. – avirem/AVIRA; a. a. O. – Bienensauna)

c) Die Beschwerde ist auch nicht fristgerecht gemäß § 66 Abs. 2 MarkenG innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim DPMA (§ 66 Abs. 2 MarkenG) eingelegt worden.

aa) Für die noch innerhalb der Beschwerdefrist und damit rechtzeitig erfolgte Übersendung der Datei mit der Beschwerdeschrift nebst Anlagen ist, wie bereits eingehend dargelegt, nicht der gesetzlich vorgesehene Weg zur elektronischen Annahmestelle des DPMA über die von dieser Behörde zur Verfügung gestellte Zugangs- und Übertragungssoftware gewählt worden, so dass es an der erforderlichen prozessualen Form fehlt.

bb) Die in Papierform formwirksam eingereichte Beschwerdeschrift nebst Anlagen vom 16. Juli 2020 ist beim DPMA ausweislich des HauptPost-Vermerks am 25. Juli 2020 eingegangen und damit erst nach der mit Ablauf des 16. Juli 2020 endenden Beschwerdefrist.

2. Der hilfsweise gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Einlegung der Beschwerde ist zwar zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Wiedereinsetzung in eine versäumte Frist erhält gemäß § 91 Abs. 1 MarkenG auf Antrag, wer ohne Verschulden verhindert war, dem DPMA oder dem BPatG gegenüber eine Frist einzuhalten, deren Versäumung nach gesetzlicher Vorschrift einen Rechtsnachteil zur Folge hat. Das Verschulden des Bevollmächtigten steht dem Verschulden des Verfahrensbeteiligten gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 85 Abs. 2 ZPO gleich.

a) Der Wiedereinsetzungsantrag erfüllt die Zulässigkeitsvoraussetzungen.

aa) Die Antragstellerin hat die Beschwerdefrist gemäß § 66 Abs. 2 MarkenG versäumt, deren Versäumung nach gesetzlicher Vorschrift einen Rechtsnachteil zur Folge hat, nämlich den Verlust des Rechtsmittels.

bb) Die Antragstellerin hat die Wiedereinsetzung innerhalb von zwei Monaten nach Wegfall des Hindernisses schriftlich beantragt (§ 91 Abs. 2 MarkenG) und die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen angegeben (§ 91 Abs. 3 Satz 1 MarkenG). Ihre anwaltliche Vertreterin hat am 20. Juli 2020 durch Abruf einer Nachricht des DPMA vom 17. Juli 2020 über das beA erstmals erfahren, dass über das beBPO keine schutzrechtsbezogenen Eingaben übermittelt werden könnten und der Eingang nicht bearbeitet werde. Noch an demselben Tag hat ihre Verfahrensbevollmächtigte per Telefax vorab erklärt, dass sie der Ansicht sei, die elektronische Übermittlung der Datei am 16. Juli 2020 sei form- und fristgerecht erfolgt, weil das DPMA bei telefonischer Nachfrage am 16. Juli 2020 nicht darauf hingewiesen habe, dass eine Übermittlung per beA nicht möglich sei. Hilfsweise hat sie Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit der eingangs wiedergegebenen Begründung beantragt und die behaupteten Tatsachen durch die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen, Telefonnotizen und Ausdrücke von beA-Nachrichten sowie Sende- und Prüfprotokolle bei der Antragstellung bzw. im weiteren Verfahren glaubhaft gemacht.

cc) Mit dem Eingang der Beschwerdeschrift in Papierform am 25. Juli 2020 hat die Antragstellerin die versäumte Handlung innerhalb der ab dem 20. Juli 2020 beginnenden zweimonatigen Antragsfrist nachgeholt (§ 91 Abs. 4 Satz 1 MarkenG).

b) Der Wiedereinsetzungsantrag ist unbegründet, weil die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin die Frist des § 66 Abs. 2 MarkenG zur formwirksamen Einlegung der Beschwerde schuldhaft versäumt hat und sich die Antragstellerin dieses Verschulden zurechnen lassen muss.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Frist ohne Verschulden versäumt, wenn die übliche Sorgfalt aufgewendet worden ist, deren Beachtung im Einzelfall nach den subjektiven Verhältnissen des Betroffenen zumutbar war, wobei zusätzlich ein objektiver Vergleichsmaßstab herangezogen werden muss. Letztlich kommt es darauf an, was objektiv von einer dem Säumigen vergleichbaren Person im konkreten Einzelfall an Sorgfalt erwartet werden konnte (BPatGE 24, 127, 129; 24, 140, 142 f.; 27 W (pat) 94/06 – Peperosa/Pepe; 30 W (pat) 702/17 – Zeitschaltuhren).

aaa) An die Sorgfalt eines Anwalts stellt die Rechtsprechung im Allgemeinen strenge Maßstäbe. Die Sorgfaltspflicht in Fristensachen verlangt von einem Rechtsanwalt, alles ihm Zumutbare zu tun, um die Wahrung von Rechtsmittelfristen zu gewährleisten (BGH NJW-RR 2017, 953 Juris-Tz. 8). Ein Anwalt, der die Frist zur Einlegung oder Begründung eines Rechtsmittels bis zum letzten Tag ausschöpft, hat wegen des damit erfahrungsgemäß verbundenen Risikos sogar erhöhte Sorgfalt aufzuwenden, um die Einhaltung der Frist sicherzustellen (BGH NJW 2020, 2413 Rdnr. 10; NJW 2015, 171 Rdnr. 18; NJW-RR 2013, 1011 Rdnr. 7).

bbb) Fehler sogenannter Hilfspersonen, die nicht vertretungsberechtigt sind, muss sich der Bevollmächtigte nicht zurechnen lassen. Die Einschaltung von Hilfspersonen kann jedoch ein eigenes Verschulden darstellen, wenn er diese nicht sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat oder ein verschuldeter Organisationsmangel vorlag.

bb) Diesen Sorgfaltsanforderungen hat die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin nicht genügt.

aaa) Vielmehr ist die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin dem vermeidbaren Rechtsirrtum unterlegen, dass elektronische Dokumente in Schutzrechtsverfahren über das beBPo beim DPMA eingereicht werden können. Gesetzesunkenntnis oder Rechtsirrtum stellen aber prinzipiell keine

Wiedereinsetzungsgründe dar, da jeder Verfahrensbeteiligte verpflichtet ist, sich die Kenntnis über das Recht des jeweiligen Verfahrens zu verschaffen (vgl. BGH NJW 2019, 2230 Rdnr. 25; Beschl. v. 11. März 2015, – XII ZB 572/13 Juris-Tz. 34; NJW 1993, 2538 Juris-Tz. 16; OLG Frankfurt NJW-RR 2018, 1456 Rdnr. 17; NJW-RR 2010, 1297 Juris-Tz. 11; BPatG 27 W (pat) 94/06 – Peperosa/Pepe).

bbb) Eine irrige Auslegung des Verfahrensrechts kann als Entschuldigungsgrund nur dann in Betracht kommen, wenn der Verfahrensbevollmächtigte die volle, von einem Rechtsanwalt zu fordernde Sorgfalt aufgewendet hat, um zu einer richtigen Rechtsauffassung zu gelangen. Hierbei ist ein strenger Maßstab anzulegen, denn die Partei, die dem Anwalt die Verfahrensführung überträgt, vertraut zu Recht darauf, dass er dieser als Fachmann gewachsen ist. Wenn die Rechtslage zweifelhaft ist, muss der bevollmächtigte Anwalt den sicheren Weg wählen (BGH NJW 2019, 2230 a. a. O.; Beschl. v. 11. März 2015, – XII ZB 572/13 a. a. O.; NJW 1993, 2538 Juris-Tz. 17; OLG Frankfurt a. a. O. Rdnr. 17 f.). Diese Anforderungen hat die Verfahrensbevollmächtigte nicht erfüllt.

(1) Zunächst ist nur vorgetragen und eidesstattlich versichert worden, dass die Kanzleimitarbeiterin und die Verfahrensbevollmächtigte aufgrund des Hinweises in der Rechtsmittelbelehrung auf die elektronische Form davon ausgegangen seien, dass eine Übermittlung per beA möglich sei. Es ist weder vorgetragen noch eidesstattlich versichert worden, dass die in der Rechtsmittelbelehrung konkret angegebenen Vorschriften von der Verfahrensbevollmächtigten oder ihrem Büropersonal zur Kenntnis genommen worden sind. Eine Prüfung des bei Einreichung von Beschwerden an das DPMA zulässigen elektronischen Übertragungswegs hat daher gar nicht stattgefunden. Die Verfahrensbevollmächtigte hat es somit sowohl pflichtwidrig unterlassen, den gesamten Inhalt der Rechtsmittelbelehrung selbst zur Kenntnis zu nehmen und die dort genannten Rechtsvorschriften nachzulesen, als auch, ihre Kanzleimitarbeiterin anzuweisen, sich bei Vornahme einer elektronischen Übersendung an den in der Rechtsmittelbelehrung konkret genannten Rechtsvorschriften zu orientieren.

(2) Ferner hätte die Verfahrensbevollmächtigte bzw. die entsprechend zu instruierende Kanzleimitarbeiterin, als sie am Tag des Fristablaufs um 13.59 Uhr vom DPMA erfahren haben, dass frühestens am nächsten Tag, dem 17. Juli 2020, bzw. noch später, am 20. Juli 2020, mitgeteilt werden könne, ob die elektronisch übersandte Beschwerde tatsächlich eingegangen sei, wegen der verbleibenden Unklarheit über den Zugang, die Beschwerdeschrift noch an demselben Tag per Telefax vorab an das DPMA übermitteln müssen. Nur dies wäre der sicherste Weg gewesen, die Beschwerdefrist einzuhalten. Da die Frist zur Einlegung der Beschwerde bis zum letzten Tag ausgeschöpft wurde, traf die Verfahrensbevollmächtigte wegen des damit erfahrungsgemäß verbundenen Risikos sogar eine erhöhte Sorgfaltspflicht, der sie in keiner Weise nachgekommen ist. Auf die unbestimmte Erklärung der DPMA-Mitarbeiterin, dass in der Regel elektronische Nachrichten eingingen, hätten sich weder die Verfahrensbevollmächtigte noch ihre Kanzleimitarbeiterin verlassen dürfen.

cc) Ein Wiedereinsetzungsgrund ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer für das Versäumnis mitursächlichen Pflichtverletzung des DPMA.

Auch im Rahmen des verfassungsrechtlichen Anspruchs der Verfahrensbeteiligten auf ein faires Verfahren ist das DPMA nicht verpflichtet gewesen, den Eingang des am letzten Tag der Beschwerdefrist eingegangenen elektronischen Dokuments zu überprüfen, um erforderlichenfalls sofort durch entsprechende Hinweise auf die Behebung formeller Mängel hinzuweisen (vgl. BGH NJW-RR 2017, 689 Rdnr. 13). Dies gilt auch für die Wahl des falschen Übermittlungsweges. Mit einer solchen Hinweispflicht würde den Verfahrensbeteiligten die Verantwortung für die Formalien vollständig abgenommen und die Anforderungen an das DPMA überspannt (vgl. BVerfG NJW 2001, 1343 Juris-Tz. 7).

III.

Da die Tätigkeit der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren allein durch die unzulässige Beschwerde veranlasst worden ist, entspricht es der Billigkeit, abweichend vom Grundsatz, dass die Beteiligten an einem Beschwerdeverfahren vor dem Bundespatentgericht ihre jeweiligen außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen haben (§ 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG), der Antragstellerin nach § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (vgl. BPatG 27 W (pat) 30/10 - ROMY S.; 27 W (pat) 603/10 - philo-sofie/PHILOSOPHY di ALVERTA FERRETTI; 27 W (pat) 88/10 - fehlende Einzugsermächtigung; 27 W (pat) 57/10 - Ballermann 6). Die dafür maßgebliche Sorgfaltspflichtverletzung ergibt sich aus den oben genannten Gesichtspunkten der verschuldeten falschen Beschwerdeeinlegung.

IV.

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 Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe eingereicht werden. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Kortge

Dr. von Hartz

Dr. Rupp-Swienty