



BUNDESPATENTGERICHT

35 W (pat) 6/09

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend das Gebrauchsmuster 299 24 645
(hier: Antrag auf Wiedereinsetzung in die Widerspruchsfrist)

hat der 35. Senat des Bundespatentgerichts (Gebrauchsmusterbeschwerdesenat) am 4. November 2010 durch den Vorsitzenden Richter Müllner sowie die Richter Baumgärtner und Eisenrauch

beschlossen:

1. Die Beschwerde gegen den Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung II des Deutschen Patent- und Markenamts vom 15. Oktober 2008 wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Beschwerdeführerin.

Gründe

I.

Die Löschantragsgegnerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Beschwerdeführerin) hat am 29. April 2004 unter Inanspruchnahme des Anmelde-tags der deutschen Patentanmeldung 199 44 849.3 vom 18. September 1999 für das Gebrauchsmuster 299 24 645 (Streitgebrauchsmuster) die Eintragung beantragt. Das Streitgebrauchsmuster, das eine Preisschildhalterung mit einem Informationsträger betrifft, ist am 8. Juli 2004 eingetragen worden.

Mit Schriftsatz vom 8. August 2007 hat die Löschantragsstellerin und Beschwerdegegnerin (im Folgenden: Beschwerdegegnerin) beantragt, das Streitgebrauchsmuster zu löschen, da sein Gegenstand gegenüber dem im einzelnen vorgetragenen Stand der Technik nicht neu sei, jedenfalls aber nicht auf einem erfinderischen Schritt beruhe. Dieser Löschantrag ist den früheren anwaltlichen Vertretern der Beschwerdeführerin am 21. September 2007 mit der Aufforderung zugestellt worden, innerhalb eines Monats zu widersprechen. Mit Schriftsatz vom 22. Oktober 2007, eingegangen beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) am 25. Oktober 2007, hat die Beschwerdeführerin durch ihre Vertreter Widerspruch eingelegt.

Nach dem Hinweis der Gebrauchsmusterabteilung II des DPMA vom 6. November 2007, dass der Widerspruch verspätet sei, hat die Beschwerdeführerin am 10. Dezember 2007 Antrag auf Wiedereinsetzung in die Widerspruchsfrist gestellt und dem Löschantrag noch einmal widersprochen. Zur Begründung des Wiedereinsetzungsantrags führt sie aus, dass die langjährig für die Kanzlei tätige Bürovorsteherin, zu deren Aufgabenbereich seit 1994 in großem Umfang die selbständige Notierung und Führung von Fristen gehöre, versehentlich statt der 1-Monats-Frist eine 2-Monats-Frist berechnet, den 21. November 2007 fälschlich als Fristende notiert und im Fristenkalender entsprechend gekennzeichnet sowie in ein Fristenkontrollbuch übertragen habe. Diese einmalige Fehlleistung sei auf verborgen gebliebene, private Probleme zurückzuführen. Mit Schreiben vom 22. Oktober 2007 habe die Beschwerdeführerin ihren Anwälten bestätigt, dass Widerspruch gegen den Löschantrag eingelegt werden solle. Daraufhin sei der Widerspruch durch das Sekretariat vorbereitet und zur Unterschrift vorgelegt, jedoch erst am Abend des 25. Oktober 2007 per Fax an das DPMA abgesendet worden. Im Zuge der Postausgangs-Behandlung werde in der Kanzlei der Vorgang nochmals geprüft, bevor eine im Fristenbuch notierte Frist durch einen Anwalt als erledigt freigegeben und dann von der Bürovorsteherin gestrichen werde. Dabei habe der anwaltliche Vertreter der Beschwerdeführerin unmittelbar bei Prüfung des Fax-Sendeprotokolls die falsch notierte Frist bemerkt. Maßgeblich für

die Fristberechnung für den Wiedereinsetzungsantrag sei daher der 25. Oktober 2007.

Die Beschwerdegegnerin ist dem Vorbringen der Beschwerdeführerin entgegen getreten. Sie hält eine Wiedereinsetzung für nicht gewährbar.

Mit Beschluss vom 15. Oktober 2008 hat die Gebrauchsmusterabteilung II des DPMA den Antrag auf Wiedereinsetzung in die Widerspruchsfrist zurückgewiesen. Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin nicht ohne Verschulden daran gehindert war, die Widerspruchsfrist einzuhalten. Zwar stelle die unzutreffende Eintragung des Ablaufs der Widerspruchsfrist in das Fristenkontrollbuch durch die Bürovorsteherin eine singuläre, nicht organisationsbedingte Fehlleistung dar. Diese sei aber nicht kausal für die Versäumung der Widerspruchsfrist. Vielmehr habe der beauftragte Patentanwalt seinerseits bei Bearbeitung des Vorgangs in schuldhafter Weise nicht erkannt, dass ein Fristablauf drohe.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde, mit der die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Wiedereinsetzung weiterverfolgt. Sie ist der Auffassung, dass die Gebrauchsmusterabteilung die Anforderungen an die anwaltlichen Sorgfaltspflichten überspannt habe. Zwar sei vorliegendem Fall der Wiedervorlagetermin zufällig mit dem Tag des wirklichen Fristablaufs zusammengefallen, so dass der anwaltliche Vertreter das Fristversäumnis hätte bemerken können, wenn ihm die Akte aus der Ablage herausgesucht und vorgelegt worden wäre und die Akte bei Erhalt, noch im weiteren Verlauf des Tages der Wiedervorlage, auch inhaltlich bearbeitet und hinsichtlich der Fristen kontrolliert worden wäre. Es sei im vorliegenden Fall aber im Nachhinein nicht mehr aufklärbar, an welchen Tagen und zu welcher Uhrzeit die Handakte dem Arbeitsbereich des Anwalts körperlich zugeführt worden sei und wann dieser davon Notiz genommen habe oder hätte nehmen können. Tatsache sei, dass der fertige und unterzeichnete Schriftsatz erst am 25.10.2007 beim DPMA eingegangen sei. Würde man der Gebrauchsmusterabteilung II folgen, bliebe als offene Frage bestehen, mit wie viel zeitlichen Abstand

vor dem Endtermin eine Wiedervorlage gewählt werden müsse, um die anwaltliche Sorgfaltspflicht zu erfüllen.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss der Gebrauchsmusterabteilung II vom 15.10.2008 aufzuheben und Wiedereinsetzung in die Frist zur Erhebung des Widerspruchs gegen den mit Bescheid vom 21.9.2007 zugestellten Antrag auf Löschung des deutschen Gebrauchsmusters 299 24 645 zu gewähren.

Ferner regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

Die Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dass die Widerspruchsfrist nicht unverschuldet versäumt worden sei.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten verwiesen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Die Gebrauchsmusterabteilung II hat den Wiedereinsetzungsantrag im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen, da der Wiedereinsetzungsantrag nicht zulässig war. Auch wenn man die Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags unterstellt, hat der anwaltliche Vertreter der Beschwerdeführerin die Widerspruchsfrist nicht unverschuldet versäumt (§ 21 Abs. 1 GebrMG i. V. m. § 123 Abs. 1 S. 1 PatG), was die Beschwerdeführerin gegen sich

gelten lassen muss (§ 85 Abs. 2 ZPO). Auf ein etwaiges Fehlverhalten der Bürovorsteherin kommt ist vorliegend nicht an.

1. Der Wiedereinsetzungsantrag ist unzulässig, weshalb der Beschwerde der Erfolg versagt bleiben muss.

1.1. Grundsätzlich sind innerhalb der Zweimonatsfrist des § 123 Abs. 2 S. 1 PatG die nicht aktenkundigen Umstände genau und umfassend darzulegen, die für die Frage bedeutsam sind, wie und gegebenenfalls durch wessen Verschulden es zur Fristversäumung gekommen ist (vgl. Busse, PatG, 6. Aufl. 2003, § 123 Rn. 71). Notwendiger und für seine Zulässigkeit erforderlicher Inhalt des Wiedereinsetzungsantrags ist dementsprechend die Darlegung der Ursächlichkeit, nämlich dass die Einhaltung der Frist durch ein bestimmtes vorgetragenes Ereignis verhindert wurde (vgl. Schulte, PatG, 8. Aufl. 2008, § 123 Rn. 37c)), und weiterhin, aus welchem Grund danach der Beteiligte oder dessen Vertreter die Frist ohne Verschulden nicht einhalten konnte (Schulte a. a. O. Rn. 37d)).

1.2. An der Darlegung der Kausalität fehlt es hier.

Zwar hat die Beschwerdeführerin ausführlich vorgetragen, aus welchem Grund die Bürovorsteherin der Kanzlei ihrer anwaltlichen Vertreter den Fristablauf unzutreffend in das Fristenbuch eingetragen hat. Insoweit kann aber mit der Gebrauchsmusterabteilung II davon ausgegangen werden, dass es sich um ein einmaliges Versehen und nicht um einen Fehler handelte, der auf einem Kanzlei internen Organisationsfehler beruhte. Darauf kommt es aber letztlich nicht an. Denn die Beschwerdeführerin hat diesbezüglich schon nicht vorgetragen, dass dieser Fehler tatsächlich dazu geführt hat, dass die Widerspruchsfrist versäumt worden ist, noch ergibt sich dies aus dem vorgetragenen Ablauf.

1.2.1. Ausschlaggebend ist vorliegend, dass der Widerspruchsschriftsatz am letzten Tag der Widerspruchsfrist, nämlich am 22.10.2007 (der 21. Oktober war ein

Sonntag) erstellt worden ist, wie sich aus dem auf dem Schriftsatz befindlichen Datum ergibt. Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Wiedereinsetzungsantrag vorgetragen, dass das Schreiben vom 18.10.2007, mit dem sie ihren Verfahrensbevollmächtigten beauftragt hat, den Widerspruch gegen den Löschantrag fristgerecht beim Deutschen Patent und Markenamt, 80297 München, einzureichen, am 22.10.2007 in der Anwaltskanzlei eingegangen sei. Dies stimmt mit dem auf dem Schreiben angebrachten Eingangsstempel der Anwaltskanzlei überein. Weiterhin wird im Wiedereinsetzungsantrag zum Geschehensablauf nach Eingang des Auftrags vom 18.10.2007 ausgeführt: "Daraufhin wurde der Widerspruch durch das Sekretariat vorbereitet und zur Unterschrift vorgelegt und per Fax an das DPMA übermittelt. Die Absendung erfolgte jedoch erst am Abend des 25.10.2007." Soweit die Beschwerdeführerin in der Beschwerdebegründung vorträgt, dass im vorliegenden Fall nicht mehr aufklärbar sei, "an welchem Tag und zu welcher Uhrzeit genau die Handakte dem Arbeitsbereich des Anwalts körperlich zugeführt wurde und wann dieser davon Notiz nehmen konnte", kann dem nicht gefolgt werden.

Zum einen stimmt das Datum, an dem das o. g. Schreiben vom 18.10. 2007 in der Anwaltskanzlei eingegangen ist, mit dem Datum des Widerspruchschriftsatzes überein, so dass zwingend davon auszugehen ist, dass der Posteingang dem Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin entsprechend einer ordnungsgemäßen Büroorganisation vorgelegt worden ist und dieser den Vorgang entsprechend seiner anwaltlichen Verpflichtung (vgl. Busse a. a. O., § 123 Rn. 41 m. w. N., OLG Köln OLGR 1997, 151 f. m. w. N.) unmittelbar bearbeitet hat. Dass der Schriftsatz auf den Tag des Fristablaufs rückdatiert worden ist, kann nicht unterstellt werden. Zum anderen hat die Beschwerdeführerin nicht vorgetragen, dass die Akten ihrem anwaltlichen Vertreter entgegen der notierten Wiedervorlage nicht vorgelegt worden seien.

Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang die Frage aufwirft, ob die Handakte am Tag des Wiedervorlagetermins körperlich in den Arbeitsbereich

des Anwalts geschafft werden müsse, ist diese Frage ganz selbstverständlich zu bejahen, da ein Wiedervorlagevermerk sinnlos wäre, wenn zum vorgegebenen Zeitpunkt der Vorgang dem Anwalt nicht zur Bearbeitung vorgelegt würde.

1.2.2. Da die Beschwerdeführerin selbst keinen unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Fehler im Fristenkalender und der Fristversäumung behauptet hat, hätte es weiterhin eines substantiierten Vortrags bedurft, warum der am 22.10.2007 vorbereitete und unterzeichnete Widerspruchsschriftsatz erst am 25.10.2007 abgesandt wurde und warum dies ohne Verschulden erfolgt ist. Auch insofern fehlt es am notwendigen Inhalt des Wiedereinsetzungsantrags. Insbesondere hat die Beschwerdeführerin nicht vorgetragen, dass der unrichtige Fristeintrag im Fristenkalender zur verspäteten Faxversendung geführt habe. Vielmehr ergibt sich aus dem Vortrag im Wiedereinsetzungsantrag, dass der Fehler im Fristenkalender im Rahmen der Postausgangs-Behandlung bei Prüfung des Fax-Sendeprotokolls - also erst nach Versendung - bemerkt worden sei. Nachdem das Sendeprotokoll im Übrigen auch keinerlei Frist bezogene Informationen enthält, ist dieser Vortrag zur Frage der Kausalität unerheblich.

Die Beschwerde erweist sich daher schon deshalb als unbegründet, weil ein zulässiger Wiedereinsetzungsantrag mit den gemäß § 123 Abs. 2 S. 2 PatG notwendigen Angaben innerhalb der Zweimonatsfrist des § 123 Abs. 2 S. 1 PatG nicht gestellt worden ist.

2. Selbst wenn man von der Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags ausgehen könnte, hätte er und damit die Beschwerde keinen Erfolg.

Wie ausgeführt, verfügt das Sendeprotokoll über keinerlei Frist bezogene Informationen. Daher kann sich der Fehler im Fristenkalender allein aufgrund des Vergleichs der dortigen Eintragung mit dem Inhalt des Widerspruchsschriftsatzes ergeben haben. Bei Abfassung des Widerspruchsschriftsatzes waren, wie aus seinem Wortlaut hervorgeht, dem Anwalt alle wesentlichen Umstände für die Bearbeitung

des Vorgangs bekannt: "Auf den Amtsbescheid vom 18.09.2007, hier eingegangen am 21.09.2007: Gegen den Löschantrag der H... GmbH & Co. KG wird hiermit Widerspruch eingelegt." Daraus ist erkennbar, dass der Anwalt wusste, dass mit dem Amtsbescheid ein Löschantrag zugestellt worden war, gegen den es galt Widerspruch einzulegen. Außerdem ist mit dem 21.9.2007 das Datum genannt, an dem der Löschantrag zugestellt worden war. Aus dem Inhalt des Widerspruchsschriftsatzes geht dementsprechend hervor, dass dem mit der Sache befassten Anwalt die Tatsache des Fristablaufs am 22.10.2007, also am Tag der Bearbeitung, bewusst war oder sein musste. Es ist davon auszugehen, dass ein Patentanwalt die Einmonats-Frist des § 17 Abs. 1 S. 1 GebrMG als eine der wegen der Folgen ihrer Versäumung erheblichsten Fristen im Gebrauchsmusterrecht kennt. Im Übrigen würde die Unkenntnis dieser Frist anwaltliches Verschulden gerade nicht ausschließen.

Sollte der Verfahrensbevollmächtigte die Tagespost des 22.10.2007 und damit das von der Beschwerdeführerin stammende Schreiben entgegen seiner anwaltlichen Verpflichtung nicht selbst sofort darauf überprüft haben, ob dort eine eilige, sofort zu bearbeitende Sache enthalten ist, könnte ihn das ebenso wenig entlasten (Busse a. a. O., § 123 Rn. 41 m. w. N; BGH Beschluss vom 19. Januar 1989, X ZB 22/88, abzufragen über juris Das Rechtsportal; BGH NJW 1974, 861), wie wenn er den Fristablauf nur übersehen haben sollte. Mit der Übernahme eines Mandats wird die Wahrung der prozessualen Fristen zu einer der wesentlichen Pflichten eines Anwalts, der es seine besondere Sorgfalt widmen muss. Dem wird er nur gerecht, wenn er ein Schreiben, wie das seiner Mandantin vom 18.10.2007, das noch dazu einen Hinweis auf einen "fristgerechten" Widerspruch enthält, zum Anlass nimmt, alles zu unternehmen, um die Frist zu wahren. Aufgrund der innerhalb der Frist erfolgten Abfassung des Widerspruchs kann dem anwaltlichen Vertreter der Beschwerdeführerin insoweit auch kein Vorwurf eines Versäumnisses gemacht werden.

Dass und warum trotz der rechtzeitigen Bearbeitung die verspätete Versendung des Widerspruchsschriftsatzes erfolgt ist und weshalb sie unverschuldet gewesen sein könnte, ist nicht vorgetragen worden und kann auch nicht mehr fristgerecht vorgetragen werden. Daher könnte auch bei einem zulässigen Wiedereinsetzungsantrag insgesamt von einer unverschuldeten Fristversäumung nicht ausgegangen werden.

Für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde bestand vorliegend kein Anlass, da der anwaltliche Vertreter nach Überzeugung des Senats die ihm vorgelegten Akten noch am 22. Oktober 2007 umfassend bearbeitet hatte und daher die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Rechtsfrage (Umfang der Bearbeitungspflicht im Falle einer Wiedervorlage) nicht entscheidungserheblich ist.

3. Da die vorliegende Entscheidung einen Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts betrifft, der in einem Gebrauchsmusterlöschungsverfahren ergangen ist, ist gem. § 18 Abs. 2 S. 2 GebrMG über die Kosten zu entscheiden, die die Beschwerdeführerin als Unterlegene gem. §§ 84 Abs. 2 S. 2 PatG, 91 Abs. 1 ZPO zu tragen hat. Eine andere Entscheidung aus Billigkeitsgründen ist nicht veranlasst.

Müllner

Baumgärtner

Eisenrauch

Bb