



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 702/17

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
Zugestellt am
9. August 2019

Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend das Design M 95 06 907

**(hier: Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgel-
bühr für das 21. bis 25. Schutzjahr nebst Verspätungszuschlag)**

hat der 30. Senat (Marken- und Design-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 2019 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richter Merzbach und Dr. Meiser

beschlossen:

Die Beschwerde der Designinhaberin gegen den Beschluss der Designstelle des Deutschen Patent- und Markenamts vom 14. Dezember 2016 wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Designinhaberin ist Inhaberin der eingetragenen Designs mit dem o. g. Aktenzeichen. Die Designs wurden am 25. August 1995 angemeldet und am 15. November 1995 in das Designregister eingetragen.

Mit Nachricht vom 9. Dezember 2015 wurde die Designinhaberin darauf hingewiesen, dass der Designschutz am 25. August 2015 endet, wenn die Gebühr für die Aufrechterhaltung des Schutzes für das 21. bis 25. Schutzjahr einschließlich des Verspätungszuschlages nicht bis zum 29. Februar 2016 entrichtet wird.

Bis zu diesem Datum konnte kein Gebühreneingang auf dem Konto der für das Deutsche Patent- und Markenamt zuständigen Bundeskasse verzeichnet werden. Auch ein Verwendungszweck für eine Dauereinzugsermächtigung ist bis zu diesem Tage nicht zur Akte gelangt. Eine Belastung des Kontos der Bevollmächtigten der Designinhaberin mit der Aufrechterhaltungsgebühr erfolgte bis zu diesem Zeitpunkt ebenfalls nicht.

Mit Schreiben vom 28. April 2016 hat die Designinhaberin beantragt, die fristgerechte Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr für das 21. bis 25. Schutzjahr einschließlich des Verspätungszuschlages im Register zu vermerken, hilfsweise ihr Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr für das 21. bis 25. Schutzjahr einschließlich des Verspätungszuschlages zu gewähren.

Zur Begründung macht sie unter Vorlage einer Kopie eines Lastschriftmandats vom 28. Dezember 2015 sowie eines vorgefertigten Sammelempfangsbekennnisses vom 29. Dezember 2015 geltend, dass das vorgenannte Lastschriftmandat ausweislich der Handakte ihres bevollmächtigten Patentanwalts zusammen mit dem Sammelempfangsbekennnis am 29. Dezember 2015 in den Nachtbriefkasten des Deutschen Patent- und Markenamts eingeworfen worden, die Aufrechterhaltungsgebühr demnach mittels Lastschriftmandats entrichtet worden sei.

Da ein mit einem Eingangsstempel des Deutschen Patent- und Markenamts versehenes Exemplar des übermittelten Sammelempfangsbekennnisses sich nicht in den Unterlagen des Bevollmächtigten der Designinhaberin befinde, sei der Nachweis des Zugangs des Lastschriftmandats vom 28. Dezember 2015 nebst Sammelempfangsbekennnis nicht lückenlos zu führen.

Hilfsweise beantrage sie daher Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der vorgenannten Aufrechterhaltungsgebühr.

Zur Begründung trägt sie vor, dass die für die Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr zuständige Mitarbeiterin, Frau M..., am 28. Dezember 2015 ein Lastschriftmandat erstellt und dieses dem bevollmächtigten Patentanwalt zur Unterzeichnung vorgelegt habe. Nach der Unterzeichnung habe Frau M das Lastschriftmandat in die Ausgangspost für den darauffolgenden Tag gegeben. Anschließend habe sie die Frist zur Verlängerung des Designs im elektronischen Kalender der Kanzlei als „erledigt“ markiert. Für die Bearbeitung der Ausgangspost, d. h. das Einsortieren der Post, das Ausfüllen des Sammelempfangsbe-

kenntnisses und das Überbringen der Post an das Deutsche Patent- und Markenamt seien die Mitarbeiterinnen der Postein- und -ausgangsstelle der Kanzlei, nämlich Frau M1... und Frau L..., zuständig.

Frau L sei Auszubildende, welche üblicherweise dafür zuständig sei, die Post in die Nachtbriefkästen der Ämter zu legen. Frau M1... sei zwar keine ausgebildete Patentanwaltsfachangestellte, jedoch seit mehreren Jahren in der Kanzlei des unterzeichnenden Patentanwaltes angestellt. Sie werde regelmäßig stichprobenartig von der Bürovorsteherin, Frau T..., und dem zuständigen Patentanwalt kontrolliert. Es habe nie Anlass zur Beanstandung gegeben.

Diese Mitarbeiterinnen hätten auch am 29. Dezember 2015 das unterzeichnete Lastschriftmandat entgegengenommen und ein Sammelempfangsbekanntnis gefertigt. Frau M1... habe das Sammelempfangsbekanntnis, auf welchem das hier gegenständliche Lastschriftmandat verzeichnet sei, nach dem Ausfüllen am 29. Dezember 2015 eingescannt und als elektronische Kopie in der Datenbank der Kanzlei hinterlegt.

Die von der Kanzlei gefertigten Papiersammelempfangsbekanntnisse bestünden jeweils aus dem Original und einem grünen Durchschlag. Den Durchschlag würde Frau M1... chronologisch in einem Ordner mit Monatsregister abheften.

Die Ausgangspost werde sodann durch eine weitere Patentanwaltsfachangestellte durchgesehen. Am 29. Dezember 2015 sei hierfür Frau R... zuständig gewesen. Bei dieser Kontrolle werde geprüft, ob alle Schreiben in den jeweiligen Schriftsätzen unterschrieben seien, alle aufgeführten Anhänge beiliegen, und ob die Aufzählung auf dem Sammelempfangsbekanntnis mit dem Inhalt übereinstimmt.

Der normale Ablauf in der Kanzlei sei es, dass die Ausgangspost an die Patentämter einschließlich aller Sammelempfangsbekanntnisse nach dieser Kontrolle in

einen Briefumschlag gegeben und am Abend des gleichen Tages durch einen Kanzleimitarbeiter in den Nachtbriefkasten des Deutschen Patent- und Markenamtes eingeworfen werde.

Das üblicherweise vom Deutschen Patent- und Markenamt mit Eingangsstempel versehene Exemplar des Sammelempfangsbekennnisses werde nach Erhalt archiviert. Dabei werde der grüne Durchschlag aus dem Ordner entnommen und durch das weiße Original ersetzt. Hierbei sei Frau M1... angewiesen, den Ordner regelmäßig auf noch ältere grüne Durchschläge zu überprüfen. Im vorliegenden Fall sei jedoch in dem Ordner kein Durchschlag des hier gegenständlichen Empfangsbekennnisses vorhanden gewesen. Es sei nicht nachvollziehbar, ob überhaupt ein grüner Durchschlag abgeheftet worden sei.

Bei Ablauf der Frist am 29. Februar 2016 sei die Handakte der Bürovorsteherin, Frau T..., vorgelegt worden. Anhand der Kopie des unterschriebenen Lastschriftmandates und des eingescannten Sammelempfangsbekennnisses habe diese überprüft, ob die Frist ordnungsgemäß erledigt worden sei. Anschließend habe sie das Erledigen der Frist durch Frau M... bestätigt. Soweit ließe sich der Vorgang anhand der Unterlagen der Kanzlei nachvollziehen.

Dem Antrag auf Wiedereinsetzung war ein mit Datum vom 28. April 2016 versehenes neues Lastschriftmandat für die hier gegenständliche Gebühr beigelegt.

Die Designstelle des Deutschen Patent- und Markenamts hat durch Beschluss vom 14. Dezember 2016 den Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr nebst Zuschlag für das 21. bis 25. Schutzjahr zurückgewiesen.

Der Antrag sei statthaft, da eine Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr nicht erfolgt sei. Die Schutzdauer des eingetragenen Designs habe damit geendet; dazu bedürfe es keiner weiteren Entscheidung der Designstelle.

Der Antrag sei auch zulässig. Die Designinhaberin habe diesen binnen der Zwei-monatsfrist nach Bekanntwerden des Fristversäumnisses gemäß § 23 Abs. 3 Satz 3 DesignG i. V. m. § 123 Abs. 2 PatG gestellt und die versäumte Handlung mit dem am 28. April 2016 eingereichten SEPA-Basis-Lastschriftmandat nachgeholt.

Der Antrag sei jedoch nicht begründet. Die Designinhaberin habe die Zahlungsfrist nicht ohne eigenes Verschulden versäumt. Vielmehr treffe ihren Bevollmächtigten ein der Designinhaberin gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnendes Organisationsverschulden, da die Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr zu früh als „erledigt“ markiert worden sei. Eine fristwahrende Maßnahme dürfe erst dann als erledigt gekennzeichnet werden, wenn der fristwahrende Schriftsatz versandfertig im Postausgangsfach des Anwalts eingelegt und das Postausgangsfach damit die „letzte Station“ auf dem Weg zum Adressaten sei.

Vorliegend habe die Mitarbeiterin des Bevollmächtigten die Frist am 28. Dezember 2015 bereits nach Unterzeichnung des Lastschriftmandats als „erledigt“ markiert, obwohl im Rahmen der Bearbeitung der Ausgangspost noch eine Vielzahl an weiteren Arbeitsschritten von verschiedenen Personen zur Erledigung der fristwahrenden Maßnahme notwendig gewesen sei. Die Frist sei mithin als „erledigt“ markiert worden, bevor das Schriftstück versandfertig gewesen sei. Eine Kontrolle vor der Versendung der Schriftstücke auf Vollständigkeit und Richtigkeit anhand der Akte sei danach nicht mehr erfolgt, so dass nicht gewährleistet gewesen sei, dass das Schriftstück auf den Weg aus dem Verantwortungsbereich des Bevollmächtigten gelangt und auf den Weg zum Adressaten gebracht worden ist.

Zudem habe die für das endgültige Streichen der Frist zuständige Mitarbeiterin die Frist vor deren Ablauf am 29. Februar 2016 lediglich anhand der Kopie des unterschriebenen Lastschriftmandats und des eingescannten Sammelempfangsbekennnisses ohne Hinzuziehung der zugehörigen Handakte überprüft. Sie hätte

sich jedoch anhand der Akte – oder zumindest durch Überprüfung des Ordners, in welchem die Sammelempfangsbekanntnisse im Original abgelegt werden – vergewissern müssen, ob ein vom Deutschen Patent- und Markenamt gestempeltes Sammelempfangsbekanntnis zur Akte gelangt sei.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Designinhaberin, mit der sie zunächst weiterhin begehrt hat, die fristgerechte Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr für das 21. bis 25. Jahr mit Verspätungszuschlag aufgrund des Lastschriftmandats vom 28. Dezember 2015 im Register zu vermerken sowie hilfsweise Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr für das 21. bis 25. Schutzjahr einschließlich des Verspätungszuschlages.

Ausweislich der elektronischen und der Papier-Handakte des unterzeichnenden Patentanwalts sei das Lastschriftmandat vom 28. Dezember 2015 zusammen mit einem Sammelempfangsbekanntnis am 29. Dezember 2015 in den Nachtbriefkasten des DPMA in München eingeworfen worden, zusammen mit zwei weiteren Umschlägen mit zugehörigen Sammelempfangsbekanntnissen und jeweiligen Schriftstücken. Die Sammelempfangsbekanntnisse dieser beiden anderen Umschläge seien gestempelt vom DPMA an die Kanzlei zurückgesendet worden. Es sei daher davon auszugehen, dass die unterbliebene Eintragung der Aufrechterhaltung für das 21. bis 25. Jahr darauf zurückzuführen sei, dass das DPMA das am 29. Dezember 2015 übermittelte Lastschriftmandat nicht ordnungsgemäß bearbeitet habe. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Sendung am 29. Dezember 2015, also zwischen Weihnachten und Neujahr, beim DPMA eingegangen sei. In dieser Zeit finde erfahrungsgemäß beim DPMA nur ein Notbetrieb statt, was tendenziell zu Fehlern bei der Behandlung der Eingangspost führe.

Jedenfalls sei der Designinhaberin Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr zu gewähren. Insoweit sei zunächst klarzustellen, dass die Mitarbeiterin des Bevollmächtigten die Frist nicht am 28. Dezember 2015, sondern am 29. Dezember als „erledigt“ markiert habe, nachdem der Vertreter der

Designinhaberin am 28. Dezember 2015 das Lastschriftmandat unterzeichnet und sie dieses in die Ausgangspost für den darauffolgenden Tag gegeben habe. Im Anschluss sei die Post zunächst an zwei weitere Mitarbeiterinnen weitergegeben worden. Endgültig gestrichen worden sei die Frist hingegen erst, nachdem die Unterlagen versandfertig gewesen seien und das Sammelempfangsbekanntnis ausgefüllt, überprüft und eingescannt worden sei und die Bürovorsteherin anhand der elektronischen Handakte überprüft habe, dass der Vorgang sachgemäß und vollständig ausgeführt worden sei.

Den Bevollmächtigten könnten daher keine Versäumnisse bei der Organisation der Fristenkontrolle oder der Ausgangspost vorgeworfen werden. Nicht zu beanstanden sei, dass die Ausgangspost durch einen Mitarbeiter der Kanzlei als Bote zum DPMA gebracht worden sei. Es habe auch keine Verpflichtung bestanden, eine Rücksendung des Sammelempfangsbekanntnisses bzw. eine Abbuchung der Aufrechterhaltungsgebühr zu überwachen.

Da das Lastschriftmandat vom 28. Dezember 2015 nie dem Konto des unterzeichnenden Patentanwalts belastet worden sei, sei ferner mit Schreiben vom 28. April 2016 unter erneuter Einzahlung der Verlängerungsgebühr mit Zuschlag eine entsprechende Berichtigung des Registers beantragt worden. Über diesen Antrag habe die Designstelle jedoch nicht entschieden.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat die Designinhaberin erklärt, dass sie in „Umkehrung“ ihrer bisherigen Anträge in der Hauptsache die Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr für das 21. bis 25. Schutzjahr einschließlich des Verspätungszuschlages beantrage sowie hilfsweise, die fristgerechte Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr für das 21. bis 25. Jahr mit Verspätungszuschlag durch SEPA-Basis-Lastschriftmandat nebst Angaben zum Verwendungszweck im Register zu vermerken.

Mit dieser Maßgabe beantragt die Designinhaberin,

den Beschluss der Designstelle vom 14. Dezember 2016 aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

A. Mit ihrem in der mündlichen Verhandlung in zulässiger Weise geänderten Hauptantrag begehrt die Designinhaberin nunmehr nicht mehr, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die fristgerechte Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr für das 21. bis 25. Jahr mit Verspätungszuschlag im Register zu vermerken bzw. die Aufrechterhaltung des Designs einzutragen, sondern Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr zu gewähren.

1. Dieser Wiedereinsetzungsantrag ist statthaft, da die Zahlung der gemäß § 28 DesignG zur Aufrechterhaltung erforderlichen und am 31. August 2015 fälligen Aufrechterhaltungsgebühr für das 6. - 10. Jahr der Schutzdauer nicht innerhalb der bis 29. Februar 2016 laufenden Zahlungsfrist (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 1, 2 PatKostG) bewirkt wurde mit der Folge, dass die Schutzdauer jedenfalls mit Ablauf des 29. Februar 2016 endete (§ 28 Abs. 3 DesignG).

Soweit die Designinhaberin sich auch in ihrer Beschwerdebegründung darauf berufen hat, dass die Aufrechterhaltungsgebühr mittels Lastschriftmandat vom 28. Dezember 2015 bezahlt worden sei, hat sie selbst eingeräumt, dass ein entsprechender Beweis nicht „lückenlos“ zu führen sei bzw. – wie ihr Verfahrensbevollmächtigter in der mündlichen Verhandlung erklärt hat – ein entsprechender Zugang letztlich nicht behauptet werden könne.

Allein die kanzleiinterne Dokumentation der Fertigstellung und Absendung des Lastschriftmandats in der elektronischen und der Papier-Handakte des Patentanwalts beweist nicht dessen Eingang beim Deutschen Patent- und Markenamt an diesem Tage. Soweit zum Zeitpunkt des behaupteten Zugangs am 29. Dezember 2015 möglicherweise nur ein Notbetrieb im Deutschen Patent- und Markenamt stattgefunden hat – wie die Designinhaberin vorgetragen hat –, erlaubt dies ohne Vortrag zu dem Hergang der behaupteten Übermittlung an diesem Tage ebenfalls keine dahingehende Feststellung.

Ungeachtet dessen könnte selbst bei einem zugunsten der Designinhaberin unterstellten Zugang des SEPA-Lastschriftmandats am 29. Dezember 2015 eine Zahlung der bis zum 29. Februar 2016 zu entrichtenden Aufrechterhaltungsgebühr durch dieses Lastschriftmandat nicht mehr erfolgen, da eine Einziehung der Aufrechterhaltungsgebühr auf Grundlage dieses Lastschriftmandats zu keinem Zeitpunkt erfolgt und aufgrund des zwischenzeitlichen Zeitablaufs von mehr als 36 Monaten nicht mehr möglich ist (vgl. dazu <https://www.dpma.de/service/gebuehren/zahlungsverkehr/faq/index.html>: „Ein SEPA-Basis-Lastschriftmandat verfällt, wenn 36 Monate lang kein Einzug auf der Basis des SEPA-Basis-Lastschriftmandats veranlasst wurde“).

Aus den vorgenannten Gründen wäre daher auch der von der Designinhaberin ursprünglich geltend gemachte, in der Beschwerdeinstanz dann aber nicht weiterverfolgte Antrag, die – aufgrund eines am 29. Dezember 2015 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingereichten SEPA-Basis-Lastschriftmandats erfolgte – fristgerechte Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr für das 21. bis 25. Jahr mit Verspätungszuschlag im Register zu vermerken, von vornherein unbegründet gewesen.

2. Dem Wiedereinsetzungsantrag steht auch nicht entgegen, dass sich die Designinhaberin wiederholt auf eine fristwahrende Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr durch Einwurf der dazu erforderlichen Unterlagen in den Nachtbrief-

kasten des Deutschen Patent- und Markenamts am 29. Dezember 2015 berufen hat. Denn es ist allgemein anerkannt, dass ein Beteiligter die Rechtzeitigkeit einer (Prozeß)Handlung behaupten und zugleich für den Fall, dass er zur Beweisführung nicht in der Lage ist – wovon die Designinhaberin selbst ausgeht – hilfsweise Wiedereinsetzung beantragen kann (vgl. BGH NJW 2007, 603 Tz. 6 m. w. N.).

3. Die Designinhaberin hat die Wiedereinsetzung mit einem am 28. April 2016 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Schriftsatz und damit innerhalb der mit Ablauf der Frist zur Einzahlung der Aufrechterhaltungsgebühr am 29. Februar 2016 beginnenden zweimonatigen Wiedereinsetzungsfrist beantragt (§ 23 Abs. 3 Satz 3 DesignG i. V. m. § 123 Abs. 2 Satz 1 PatG).

Da die Designinhaberin innerhalb dieser Frist auch die versäumte Handlung (Einzahlung der Aufrechterhaltungsgebühr für das 21. bis 25. Jahr) nachgeholt hat (§ 23 Abs. 3 Satz 3 DesignG i. V. m. § 123 Abs. 2 Satz 3 PatG), ist der Antrag zulässig.

4. Der Antrag ist jedoch in der Sache unbegründet.

Es kann nicht festgestellt werden, dass die hier maßgebliche Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr nebst Verspätungszuschlag ohne Verschulden versäumt worden ist. Die Designstelle hat daher den Antrag auf Wiedereinsetzung zu Recht zurückgewiesen.

Ohne Verschulden ist eine Frist versäumt, wenn die übliche Sorgfalt aufgewendet worden ist, deren Beachtung im Einzelfall nach den subjektiven Verhältnissen des Betroffenen zumutbar war (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl., § 91 Rn. 10 m. w. N.). Beurteilungsmaßstab ist, welche Vorkehrungen ein gewissenhafter Handlungspflichtiger in gleicher Lage gegen die Fristversäumung objektiv getroffen hätte und ob diese im Einzelfall von ihm erwartet werden konnten.

Das Verschulden des Bevollmächtigten steht dem Verschulden der Partei gleich (§ 85 Abs. 2 ZPO).

a. An einem solchen Verschulden würde es fehlen, wenn die Designinhaberin zwar nicht bewiesen, jedoch zumindest glaubhaft gemacht hätte, dass das zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr erteilte Lastschriftmandat vom 28. Dezember 2015 zusammen mit einem Sammelempfangsbekennnis am 29. Dezember 2015 in den Nachtbriefkasten des DPMA in München eingeworfen oder zumindest in geeigneter Weise z. B. durch einen Boten auf den Weg dorthin gebracht worden ist.

Die Designinhaberin hat jedoch weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht, welche(m) Kanzleimitarbeiter die Unterlagen zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr am 29. Dezember 2015 zum Einwurf in den Nachtbriefkasten des DPMA übergeben worden sind; vorgetragen wurde lediglich, dass dies „üblicherweise“ durch die Auszubildende Frau L... erledigt werde. Insoweit kommt es aber nicht darauf an, wie „üblicherweise“ bei Übermittlung von Post an das Deutsche Patent- und Markenamt verfahren wird; maßgebend ist allein, wie es sich konkret am 29. Dezember 2015 in Bezug auf die Unterlagen zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr verhalten hat. In der mündlichen Verhandlung wurde erklärt, dass ein entsprechender Vortrag aufgrund des zwischenzeitlichen Zeitablaufs nicht möglich sei bzw. man schlichtweg nicht wisse, was passiert sei.

b. Bleibt danach aber ungeklärt, wo das Lastschriftmandat vom 28. Dezember 2015 verblieben ist, geht dies grundsätzlich zu Lasten der Designinhaberin und rechtfertigt in aller Regel keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Anderes gilt nur dann, wenn die Verfahrensbevollmächtigten der Designinhaberin ausreichende organisatorische Vorkehrungen getroffen haben, um den fristgerechten Eingang des Lastschriftmandats vom 28. Dezember 2015 beim Deutschen Patent- und Markenamt zu gewährleisten, der Verlust bzw. die Unaufklärbarkeit des Verbleibs der Unterlagen daher mit großer Wahrscheinlichkeit nicht

in ihrem Verantwortungsbereich oder demjenigen ihres Bevollmächtigten eingetreten ist (vgl. BGH NJW 2015, 2266 Tz. 11) und somit auch nicht auf einem Organisationsmangel in der Kanzlei ihres Bevollmächtigten beruht. Kann hingegen nicht ausgeschlossen werden, dass die Fristversäumung auf ein Verschulden der Designinhaberin bzw. ihres Verfahrensbevollmächtigten zurückzuführen ist, besteht für eine Wiedereinsetzung kein Raum.

Letzteres ist vorliegend der Fall.

aa. Zwar kann den Verfahrensbevollmächtigten der Designinhaberin entgegen der Auffassung der Designstelle insoweit nicht bereits vorgeworfen werden, dass am letzten Tag der Zahlungsfrist am 29. Februar 2016 die Bürovorsteherin vor (endgültiger) Streichung der Frist die Erledigung der Sache nur anhand des eingescannten Sammelempfangsbekennnisses überprüft hat, nicht hingegen geprüft hat, ob sich ein seitens des Amtes zurückgesandtes Empfangsbekennnis bei den Akten befand bzw. das Lastschriftmandat bis zu diesem Tag belastet worden war, was beides nicht der Fall war. Denn im Falle einer (unterstellten) Übermittlung der Unterlagen an das Deutsche Patent- und Markenamt am 29. Dezember 2015 bestand keine Pflicht, den Eingang eines Sammelempfangsbekennnisses bzw. einer Eingangsbestätigung zu überwachen. Vielmehr durften die Bevollmächtigten der Designinhaberin für den Fall einer rechtzeitigen Übermittlung der Unterlagen darauf vertrauen, dass diese vom Amt ordnungsgemäß bearbeitet werden.

bb. Jedoch kann nach den in der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten zum Zeitpunkt der Fertigung des Lastschriftmandats allgemein geltenden Organisationsabläufen nicht ausgeschlossen werden, dass das Lastschriftmandat vom 28. Dezember 2015 überhaupt nicht in das Postausgangsfach gelangt ist und dies aufgrund einer unzureichenden Ausgangskontrolle nicht bemerkt worden ist, die unterbliebene Absendung damit auf einem anwaltlichen Organisationsverschulden beruhte.

aaa. Die Mitarbeiterin der Bevollmächtigten, Frau M..., hat die Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr am 29. Dezember 2015 als „erledigt“ markiert, nachdem der Vertreter der Designinhaberin am 28. Dezember 2015 das Lastschriftmandat unterzeichnet und sie dieses an die für die Bearbeitung/Fertigstellung der Ausgangspost zuständigen Mitarbeiterinnen weitergegeben hat. Die nach Kennzeichnung der Frist als „erledigt“ noch durchzuführenden Arbeits- und Organisationsschritte bargen jedoch die Gefahr individueller Fehler in sich wie z. B. eine versehentlich unterbliebene Bearbeitung durch die Mitarbeiter der Postausgangsstelle oder eine unbeabsichtigte Beseitigung der Unterlagen durch Dritte, die dazu führen konnten, dass das Lastschriftmandat nicht weiter bearbeitet worden ist oder aufgrund sonstiger Umstände wie z. B. einer versehentlichen Beseitigung der Unterlagen durch Dritte abhandengekommen und daher überhaupt nicht in das Postausgangsfach gelangt, eine Übermittlung an das Deutsche Patent- und Markenamt daher unterblieben ist.

Die seitens der Verfahrensbevollmächtigten der Designinhaberin getroffenen organisatorischen Vorkehrungen, nämlich das Einscannen des durch die für die Fertigstellung der Ausgangspost zuständigen Mitarbeiter erstellten Sammelempfangsbekennnisses, das Abheften des grünen Durchschlags des Sammelempfangsbekennnisses in einen Ordner sowie die durch eine weitere Patentanwaltsfachangestellte durchzuführende Kontrolle, ob alle Schreiben in den jeweiligen Schriftsätzen unterschrieben seien, alle aufgeführten Anhänge beiliegen, und ob die Aufzählung auf dem Sammelempfangsbekennnis mit dem Inhalt übereinstimmt, boten dabei keine hinreichende Gewähr für eine Aufdeckung nach Kennzeichnung der Frist als „erledigt“ auftretender Fehler und Versäumnisse.

Insbesondere die durch eine Patentanwaltsfachangestellte durchzuführende Kontrolle beschränkte sich auf die rein formale Überprüfung, ob die ihr tatsächlich vorgelegten Unterlagen vollständig waren, nicht aber darauf, ob die nach dem Fristenkalender durchzuführenden Arbeiten auch tatsächlich ausgeführt worden waren. Diese Kontrolle war daher auch nicht geeignet, einen nach Streichung der

Frist in Zusammenhang mit der Fertigstellung der Ausgangspost auftretenden Fehler oder gar eine versehentlich unterbliebene Bearbeitung hinreichend zuverlässig aufzudecken. Dies gilt auch für die vor „Streichung“ der Frist am 29. Februar 2016 durchgeführte Kontrolle durch die Bürovorsteherin. Diese wurde erst nach Abgang der Post lediglich anhand der erstellten elektronischen bzw. eingescannten Unterlagen durchgeführt und war daher ebenfalls nicht geeignet, mögliche Fehler und Versäumnisse, die nach Kennzeichnung der Frist als „erledigt“ (am 29. Dezember 2015) insbesondere bei der Bearbeitung der Ausgangspost aufgetreten sein könnten, aufzudecken.

Es kann dann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Absendung und Übermittlung des Lastschriftmandats aufgrund eines nach Kennzeichnung der Frist als „erledigt“ eingetretenen und nicht entdeckten Umstands bzw. Fehlers unterblieben ist.

bbb. Bei dieser Sachlage waren aber die Verfahrensbevollmächtigten der Designinhaberin nicht ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr gehindert.

Zwar müssen sich weder die Designinhaberin noch die Verfahrensbevollmächtigten ein fehlerhaftes Verhalten Dritter als Verschulden zurechnen lassen.

Ein bevollmächtigter Rechts- oder Patentanwalt, für den dieselben Sorgfaltsanforderungen wie für Rechtsanwälte gelten (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl., § 91 Rdnr. 13 m. w. N.), hat jedoch durch organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein fristgebundener Schriftsatz bzw. hier ein fristgebundenes Lastschriftmandat rechtzeitig gefertigt und innerhalb der laufenden Frist eingeht. Hierzu hat er grundsätzlich sein Möglichstes zu tun, um Fehlerquellen bei der Eintragung und Behandlung von Fristen auszuschließen (BGH NJW 2010, 1363 Rn. 11 m. w. N.) Dies setzt zum einen voraus, dass die im Fristenkalender vermerkten Fristen erst dann gestrichen oder anderweitig als erledigt gekenn-

zeichnet werden, wenn die fristwahrende Maßnahme tatsächlich durchgeführt, der Schriftsatz also gefertigt und abgesandt oder zumindest postfertig gemacht, die weitere Beförderung der ausgehenden Post also organisatorisch zuverlässig vorbereitet worden ist (st. Rspr.; vgl. BGH NJW-RR 2013, 506 Rn. 10 m. w. N; Beschluss vom 16. Dezember 2013 – II ZB 23/12, juris Rn. 9 m. w. N.), so dass eine hinreichende Überwachung der tatsächlichen Abfertigung fristwahrender Schriftsätze gewährleistet ist (vgl. dazu BPatG 29 W (pat) 511/15 v. 30. April 2015 – dtv junior, veröffentlicht auf der Internetseite des BPatG).

Das ist im Allgemeinen anzunehmen, wenn der fristwahrende Schriftsatz in ein Postausgangsfach des Rechtsanwalts eingelegt wird und die abgehende Post von dort unmittelbar zum Briefkasten oder zur maßgeblichen Stelle gebracht wird, das Postausgangsfach also "letzte Station" auf dem Weg zum Adressaten ist. Eine zusätzliche Überwachung der abgehenden Post, etwa durch Führung eines Postausgangsbuchs, ist unter diesen Umständen nicht erforderlich (vgl. BGH NJW 2011, 2051 Tz. m. w. N.).

Ferner gehört hierzu die Anordnung, dass die Erledigung von fristgebundenen Sachen am Abend eines jeden Arbeitstages anhand des Fristenkalenders durch eine dazu beauftragte Bürokräft überprüft wird (BGH NJW 2000, 1957, Beschluss vom 16. Dezember 2013 – II ZB 23/12, a. a. O.). Eine solche zusätzliche Kontrolle ist bereits deswegen notwendig, weil selbst bei sachgerechten Organisationsabläufen individuelle Bearbeitungsfehler auftreten können, die es nach Möglichkeit aufzufinden und zu beheben gilt. Dazu ist eine nochmalige, selbständige Prüfung erforderlich, die gewährleisten muss, dass am Ende eines jeden Arbeitstages geprüft wird, welche fristwahrenden Schriftsätze erstellt, abgesandt oder zumindest versandfertig gemacht worden sind und ob diese mit den im Fristenkalender vermerkten Sachen übereinstimmen (BGH NJW 2000, 1957 m. w. N.). Diese erneute und abschließende Überprüfung dient u. a. dazu, festzustellen, ob möglicherweise in einer bereits als erledigt vermerkten Fristsache die fristwahrende Handlung noch aussteht.

ccc. Diesen Anforderungen genügten die organisatorischen Abläufe in der Kanzlei der Prozessbevollmächtigten der Designinhaberin in Zusammenhang mit der Übersendung des Lastschriftmandats vom 28. Dezember 2015 jedoch nicht. So wurde die Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr nicht erst nach Fertigstellung der Unterlagen, sondern entsprechend den in der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten allgemein geltenden Organisationsabläufen von der zuständigen Mitarbeiterin als „erledigt“ vermerkt, bevor die Unterlagen versandfertig waren und jedenfalls noch der Bearbeitung der für die Ausgangspost zuständigen Mitarbeiter unterlagen. Zudem fand auch vor der Versendung der Schriftstücke keine Kontrolle auf deren Vollständigkeit und Richtigkeit an Hand der Akte sowie des Fristenkalenders mehr statt.

Die organisatorischen Abläufe in der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten der Designinhaberin genügten daher nicht, um eine rechtzeitige Absendung und Übermittlung eines fristgebundenen Schriftsatzes bzw. eines fristgebundenen Lastschriftmandats zur Zahlung einer Aufrechterhaltungsgebühr an das Deutsche Patent- und Markenamt zu gewährleisten; vielmehr bestand die Gefahr, dass ein nach dem Vermerk der Frist als „erledigt“ eingetretener Verlust bzw. ein Abhandkommen der Unterlagen z. B. durch eine fehlerhafte Bearbeitung seitens der zuständigen Mitarbeiter oder durch Eingreifen Dritter nicht bemerkt wurde.

Die Aufdeckung und Vermeidung von Fehlern bei der Bearbeitung von Fristen sachen ist Sinn und Zweck eines erst nach versandfertiger Fertigstellung der Unterlagen und vor Streichung der Frist durchzuführenden Abgleichs der fristgebundenen und zur Versendung vorbereiteten Unterlagen mit dem Fristenkalender sowie einer am Ende des Arbeitstages durchzuführenden Kontrolle der Erledigung der fristgebundenen Sachen anhand des Fristenkalenders.

Es erscheint zudem naheliegend, dass ein nach der vorgenannten Sachlage in Betracht zu ziehender Verlust bzw. ein Abhandkommen des Lastschriftmandats vom 28. Dezember 2019 nach Kennzeichnung der Frist als „erledigt“ im Falle ei-

nes – nach der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen der Sorgfaltspflicht notwendigen, von den Verfahrensbevollmächtigten der Designinhaberin jedoch nicht durchgeführten – Abgleichs der fristgebundenen und zur Versendung vorbereiteten Unterlagen mit dem Fristenkalender erst nach versandfertiger Fertigstellung der Unterlagen und vor Streichung der Frist sowie einer (weiteren) am Ende des Arbeitstages durchzuführenden Kontrolle der Erledigung der fristgebundenen Sachen anhand des Fristenkalenders entdeckt worden wäre.

cc. Es ist danach jedenfalls nicht auszuschließen, dass die unterbliebene Zahlung auf einem anwaltlichen Organisationsmangel (§ 233 ZPO) beruht. Für eine Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr besteht dann aber kein Raum; vielmehr verbleibt es dabei, dass die Unaufklärbarkeit des Verbleibs der betreffenden Unterlagen zu Lasten der Designinhaberin geht.

B. Der von der Designinhaberin in der mündlichen Verhandlung gestellte Hilfsantrag, welcher nach dem Vortrag des Verfahrensbevollmächtigten der Designinhaberin in der mündlichen Verhandlung vom 4. Juli 2019 dahingehend auszulegen ist, dass diese beantragt, die fristgerechte Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr für das 21. bis 25. Jahr mit Verspätungszuschlag durch das mit Schreiben vom 28. April 2016 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingereichte SEPA-Lastschriftmandat nebst Angaben zum Verwendungszweck im Register zu vermerken, ist zulässig, in der Sache jedoch unbegründet.

Denn eine durch dieses Lastschriftmandat erfolgte Zahlung der Aufrechterhaltungsgebühr konnte auch bei einer – von der Designinhaberin behaupteten – Abbuchung der Gebühr schon deshalb nicht die Aufrechterhaltung des Schutzes „bewirken“ iS von § 28 DesignG, weil sie nicht innerhalb der bis zum 29. Februar 2016 laufenden Zahlungsfrist erfolgte.

C. Die Beschwerde war daher zurückzuweisen.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht der Designinhaberin 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 einzulegen.

Prof. Dr. Hacker

Dr. Meiser

Merzbach