



BUNDESPATEENTGERICHT

25 W (pat) 535/20

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2016 207 007

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

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 21. Juli 2021 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, der Richterin Kriener und der Richterin k. A. Fehlhammer

beschlossen:

1. Der Antrag der Widersprechenden auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde der Widersprechenden gegen den Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 13. Februar 2020 gilt als nicht eingelegt.
3. Die von der Widersprechenden verspätet gezahlte Beschwerdegebühr ist zurückzuzahlen.

Gründe:

I.

Das am 9. März 2016 angemeldete Zeichen

Natura Balance

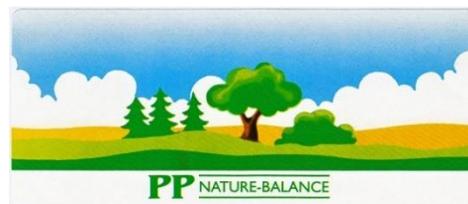
ist am 14. Mai 2018 unter der Nummer 30 2016 207 007 als Wortmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Markenregister für folgende Waren und Dienstleistungen eingetragen worden:

Klasse 3: Kosmetika;

Klasse 5: Diätetische Präparate und Nahrungsergänzungsmittel;
Nahrungsergänzungsmittel; Nahrungsergänzungsmittel für Menschen;

Klasse 35: Einzelhandelsdienstleistungen in Bezug auf
Nahrungsergänzungsmittel; Großhandelsdienstleistungen in Bezug auf
Nahrungsergänzungsmittel; Online-Einzelhandelsdienstleistungen
bezüglich Kosmetika und Schönheitsprodukte.

Gegen die Eintragung der am 15. Juni 2018 veröffentlichten Marke hat die Beschwerdeführerin am 4. September 2018 Widerspruch aus ihrer am 18. Oktober 2013 angemeldeten und am 20. Dezember 2013 eingetragenen Wort-/Bildmarke 30 2013 055 890



erhoben. Sie ist für folgende Waren eingetragen:

Klasse 5: Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; diätetische
Lebensmittel und Erzeugnisse für medizinische oder
veterinärmedizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel für
Menschen und Tiere;

Klasse 29: Konserviertes und getrocknetes Obst und Gemüse; Milch und Milchprodukte;

Klasse 30: Kaffee, Tee, Kakao und Kaffee-Ersatzmittel; Getreidepräparate; Würzmittel;

Klasse 32: Biere; Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken;

Klasse 33: Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere).

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 13. Februar 2020 den Widerspruch wegen mangelnder Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke als unbegründet zurückgewiesen.

Gegen den ihr am 18. Februar 2020 zugestellten Beschluss hat die Widersprechende am 16. März 2020 Beschwerde eingelegt. Die Beschwerdegebühr wurde der Bundeskasse am 19. März 2020 gutgeschrieben.

Nachdem die Widersprechende mit gerichtlichem Schreiben vom 2. Juni 2020 darauf hingewiesen worden ist, dass die Beschwerdegebühr nicht rechtzeitig gezahlt worden sei, hat sie mit Schriftsatz vom 18. Juni 2020 beantragt, ihr Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Sie trägt vor, das Fristversäumnis beruhe allein auf dem Verschulden der seit dem 1. Juli 2017 bei den Verfahrensbevollmächtigten der Widersprechenden tätigen Rechtsanwaltsfachangestellten D..., die über mehr als 18 Jahre

Berufserfahrung verfüge und stets sorgfältig gearbeitet habe. Diese habe den Fristablauf am 18. März 2020 korrekt im Fristenkalender vermerkt und entsprechend dem vorgesehenen und bis dato problemlos funktionierenden Zahlungsprozess in der Kanzlei am 16. März 2020 deren Buchhaltung unter Hinweis auf den drohenden Fristablauf gebeten, die Zahlung der Beschwerdegebühr vorzubereiten. Von dort sei die Überweisung am 17. März 2020 um 16:08 Uhr in der Banking-Software der Verfahrensbevollmächtigten bereitgestellt worden. Frau H... habe dann versäumt, den für die Freigabe der Überweisungen zuständigen - namentlich nicht benannten - Rechtsanwalt von der Bereitstellung und Dringlichkeit der Überweisung zu informieren, so dass dieser die Zahlung routinemäßig erst am Vormittag des 18. März 2020 freigegeben habe. Dabei habe er in Unkenntnis des bevorstehenden Fristablaufs keine Blitzüberweisung oder ein ähnlich schnelles Zahlungsmittel, sondern nur eine einfache Überweisung gewählt. Hinzu komme, dass sich Frau H... seit dem 16. März 2020 wie die meisten Mitarbeiter der Kanzlei im Homeoffice befunden habe, was die Kommunikationsabläufe äußerst erschwert habe. Zwar sei dem Verfahrensbevollmächtigten eine Kontrolle der Einhaltung der Zahlungsfrist grundsätzlich möglich gewesen, jedoch sei zu berücksichtigen, dass er über 300 eingetragene Marken zu betreuen habe.

Zur Glaubhaftmachung des vorgetragenen Sachverhalts hat die Widersprechende eine eidesstattliche Versicherung der Rechtsanwaltsfachangestellten D... sowie mehrere E-Mails zum Zahlungsvorgang selbst sowie zur Organisation des Homeoffice-Betriebs vorgelegt.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

ihr Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr zu gewähren.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückzuweisen.

Sie hält den besagten Antrag für unbegründet, da sich der zuständige Verfahrensbevollmächtigte der Widersprechenden angesichts der Corona-bedingt gestörten Kommunikation nicht auf die normalen Abläufe in der Kanzlei hätte verlassen dürfen. Vielmehr hätte er selbst die Einhaltung von Fristen, insbesondere in Bezug auf fristgerechte Überweisungen, überprüfen müssen. Die besondere Situation hätte überdurchschnittliche Aufmerksamkeit verlangt. Zudem träfen den Rechtsanwalt gerade bei Ausschöpfung einer Frist bis zum vorletzten Tag besondere Sorgfaltspflichten.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt, insbesondere auf den rechtlichen Hinweis des Senats vom 16. März 2021, Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde gilt nach § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 2 PatKostG als nicht eingelegt, weil die Beschwerdeführerin und Widersprechende die Beschwerdegebühr nach § 6 Abs. 1 Satz 1 PatKostG nicht rechtzeitig gezahlt hat und der Antrag auf Wiedereinsetzung in Bezug auf die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr unbegründet ist. Die Beschwerdeführerin hat die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr nicht ohne Verschulden im Sinne von § 91 Abs. 1 Satz 1 MarkenG versäumt, so dass die beantragte Wiedereinsetzung zurückzuweisen ist.

1. Nach § 64 Abs. 6 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 66 Abs. 2 MarkenG ist die Beschwerde gegen die Entscheidung der Markenstelle des Deutschen Patent- und

Markenamts (Beamter des gehobenen Dienstes) innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses einzulegen. Innerhalb dieser Monatsfrist ist auch die Beschwerdegebühr in Höhe von 200 Euro zu bezahlen, § 66 Abs. 2 MarkenG i. V. m. § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 1 Satz 1 PatKostG i. V. m. Nr. 401 300 GebVerz. zu § 2 Abs. 1 PatKostG. Nachdem der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 vom 13. Februar 2020 den Verfahrensbevollmächtigten der Widersprechenden laut Empfangsbekanntnis am 18. Februar 2020 zugestellt worden ist, lief die Monatsfrist am 18. März 2020 ab (§ 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 222 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB). Die von der Widersprechenden am 16. März 2020 erhobene Beschwerde gegen den Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 13. Februar 2020 erfolgte zwar rechtzeitig, da sie innerhalb der Monatsfrist nach § 66 Abs. 2 MarkenG eingelegt wurde. Die Beschwerdegebühr hat die Widersprechende aber erst am 19. März 2020 entrichtet und damit einen Tag nach Ablauf der Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr am 18. März 2020.

2. Die beantragte Wiedereinsetzung kann nicht gewährt werden. Der Antrag der Widersprechenden auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumens der Frist zur Einzahlung der Beschwerdegebühr ist statthaft und zulässig gemäß § 91 Abs. 1 bis 3 MarkenG, die versäumte Handlung der Zahlung der Beschwerdegebühr wurde auch nachgeholt, § 91 Abs. 4 Satz 1 MarkenG. In der Sache selbst hat der Wiedereinsetzungsantrag der Widersprechenden jedoch keinen Erfolg, da das Fristversäumnis nicht ohne Verschulden erfolgt ist.

Ohne Verschulden ist eine Frist nur dann versäumt, wenn die übliche Sorgfalt aufgewendet worden ist, deren Beachtung im Einzelfall nach den subjektiven Verhältnissen zumutbar war (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Auflage, § 91, Rn. 10 m. w. N.). Mangelnde Sorgfalt des Verfahrensbevollmächtigten ist hierbei wie eigenes Verschulden des Vertretenen zu werten (§ 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 85 Abs. 2 ZPO). Fehler von bloßen Hilfskräften, insbesondere des Büropersonals, muss sich der Verfahrensbeteiligte oder sein Bevollmächtigter

hingegen grundsätzlich nicht zurechnen lassen (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 91, Rn. 11).

Vorliegend hat die Widersprechende ihr Wiedereinsetzungsgesuch damit begründet, dass es die zuständige Rechtsanwaltsfachangestellte D... versäumt habe, die Zahlung der Beschwerdegebühr rechtzeitig durch Hinweis an den die Zahlung freigebenden Rechtsanwalt in die Wege zu leiten. Dieser Umstand vermag jedoch die Verfahrensbevollmächtigten und insbesondere den für den Fall zuständigen Rechtsanwalt nicht zu exkulpiert. An die Sorgfalt eines Anwalts werden von der Rechtsprechung strenge Maßstäbe angelegt (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 91, Rn. 13). Gerade an die Einhaltung von Fristen, so auch zur Zahlung von Gebühren, werden hohe Anforderungen gestellt. Zusätzlich zur allgemeinen Büroorganisation, die gewährleisten muss, dass die Vorgänge bei normalem Verlauf ordnungsgemäß bearbeitet werden, sind regelmäßige stichprobenartige Kontrollen des damit betrauten Personals erforderlich.

Die nicht fristgerechte Zahlung der Beschwerdegebühr beruht auch auf dem Verschulden der Verfahrensbevollmächtigten der Widersprechenden. Die Aussage des sachbearbeitenden Rechtsanwalts J..., „die Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin“ hätten „den Schriftsatz, mit dem die Beschwerde eingelegt werden sollte, bereits am 16. März 2020“ erstellt, um „die Frist nicht bis zum letzten Tag auszuschöpfen und auf ‚Nummer sicher‘ zu gehen“, bringt zum Ausdruck, dass sie sich selber darüber bewusst gewesen sind, dass die Zeit drängt und nur noch zwei Tage zur Verfügung stehen. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass der Entwurf einer Beschwerdeschrift auch zwei Tage vor Ablauf der Beschwerdefrist mit einem erheblichen Risiko verbunden ist, selbst wenn sie nicht bis zum letzten, sondern „nur“ bis zum vorletzten Tag ausgenutzt wird. Auf keinen Fall kann davon die Rede sein, man sei „auf Nummer sicher“ gegangen und hätte frühzeitig („bereits“) das Verfassen der Beschwerdeschrift in Angriff genommen. Ansonsten finden sich in den Schriftsätzen

der Verfahrensbevollmächtigten der Widersprechenden keine Angaben darüber, was in den vier Wochen davor geschehen ist.

Es ist weiterhin davon auszugehen, dass die Verfahrensbevollmächtigten der Widersprechenden am 16. März 2020 erkennen konnten und mussten, dass die Einhaltung der am 18. März 2020 ablaufenden Zahlungsfrist jedenfalls im Falle einer normalen Überweisung knapp werden würde. Denn gemäß § 675s Abs. 1 Satz 1 BGB muss der überwiesene Betrag spätestens ein Tag nach Erteilung des Auftrags gegenüber der Bank dem Konto des Empfängers gutgeschrieben werden, wobei regelmäßig von einer Ausschöpfung dieser Frist auszugehen ist (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 91, Rn. 19). Im normalen Geschäftsweg hätte die Überweisung somit am 17. März 2020 freigegeben werden müssen. Angesichts der Anzahl an Verfahrensschritten (Meldung an Buchhaltung, Vorbereitung durch sie, Rückmeldung an Frau H..., Weiterleitung an den zur Überweisung berechtigten Rechtsanwalt, Freigabe durch ihn) und beteiligten Personen (Buchhalter, Frau H..., zahlungsfreibender Rechtsanwalt) erscheint die Einhaltung der Frist als sehr risikoreich und hätte weiterer Kontrolle bedurft. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein Rechtsanwalt, der eine Frist bis zum letzten Tag ausschöpfen will, wegen des damit erfahrungsgemäß einhergehenden Risikos besonders hohe Sorgfalt aufzuwenden hat, um ein Fristversäumnis zu vermeiden (vgl. BGH NJW 2015, 171, 172).

Hinzu kommt, dass Frau H... ab dem 16. März 2020 im Homeoffice arbeitete. Der sachbearbeitende Rechtsanwalt J... hätte gerade in dieser Anfangsphase besonders darauf achten müssen, ob sie unter den erschwerten Bedingungen der plötzlichen Umstellung auf Homeoffice ihren Pflichten so ordnungsgemäß wie gewohnt nachkommt. Dabei hätte berücksichtigt werden müssen, dass eine andere Ausstattung des Arbeitsplatzes, eine neue Arbeitsumgebung und ggf. Ablenkungen durch weitere Haushaltsangehörige oder private Angelegenheiten dazu führen können, dass am Büroarbeitsplatz eingespielte Abläufe jedenfalls anfangs vom Homeoffice aus nicht gleichermaßen

routiniert und verlässlich eingehalten werden können, zumal – wie der sachbearbeitende Rechtsanwalt selbst ausführt – „die Kommunikationsabläufe zwischen den Beteiligten natürlich äußerst erschwert“ waren. Demzufolge hätte es einer engmaschigeren Betreuung und Kontrolle der Mitarbeiter bedurft. Ebenso wie ein Anwalt verpflichtet ist, geeignete Vorkehrungen im Falle der Abwesenheit seiner Mitarbeiter wegen Urlaub oder Erkrankung zu treffen (vgl. BGH NJW 1999, 3783, 3784), um die zur Fristwahrung notwendigen reibungslosen Arbeitsabläufe in seiner Kanzlei sicherzustellen (vgl. BeckOK ZPO/Wendtland, 38. Edition, 01.09.2020, § 233, Rn. 23), muss er auch im Fall der Umstellung auf Homeoffice den geänderten Bedingungen Rechnung tragen. Er kann nicht darauf vertrauen, dass die in der Kanzlei üblichen Prozesse ohne Weiteres auch von den verschiedenen Heimarbeitsplätzen aus in gleicher Weise eingehalten werden. Vor diesem Hintergrund ist der Hinweis des Verfahrensbevollmächtigten darauf, dass der kanzleiinterne Zahlungsprozess zuvor nie zu Beanstandungen geführt habe, schon insofern unbehelflich, als sich die Arbeitsumstände maßgeblich verändert haben. Mit seiner Annahme, dass Probleme auch bei einer Arbeit aus dem Homeoffice heraus nicht zu erwarten gewesen wären, hat er seiner ihm obliegenden Beaufsichtigungspflicht nicht genügt.

Vielmehr ist in einem solchen Fall von einer erhöhten anwaltlichen Sorgfaltspflicht auszugehen, die zur Folge hat, dass sich die Verfahrensbevollmächtigten auch persönlich um die Wahrung von Fristen zu kümmern haben. Der sachbearbeitende Rechtsanwalt hätte daher unabhängig von einer Nachfrage bei Frau H... wenigstens seinen die Überweisung freigebenden Kollegen auf die Dringlichkeit der Zahlung hinweisen müssen, um die festgestellten Mängel im Kommunikationsablauf, die sich gerade auf die erforderliche Kontaktaufnahme zwischen Frau H... und dem Rechtsanwalt mit Kontovollmacht auswirken konnten, auszugleichen. Auch wäre es möglich gewesen, in einem solchen Fall einer äußerst knappen Zahlungsfrist einerseits und festgestellten Kommunikationsproblemen andererseits auf eine andere, schneller zu bewirkende Zahlungsart (z.B. SEPA-Lastschriftmandat) umzustellen.

Die Frage, ob die Kanzlei über eine wirksame Ausgangskontrolle verfügt, kann insofern dahinstehen, als der Ablauf der verfahrensgegenständlichen Frist am 18. März 2020 von Frau H... vermerkt war und insofern wohl auch bei einer ordnungsgemäßen Fristenkontrolle am 17. März 2020 die verspätete Zahlungsfreigabe unbemerkt geblieben wäre.

Da mithin davon auszugehen ist, dass das Fristversäumnis auch auf einem Organisationsverschulden der Bevollmächtigten der Widersprechenden beruht, kann eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gewährt werden. Auf keinen Fall kann die Versäumung der Frist allein der Rechtsanwaltsfachangestellten angelastet werden.

3. Da die Beschwerdegebühr nicht rechtzeitig gezahlt worden ist, gilt die Beschwerde als nicht eingelegt (§ 82 Abs. 1 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 2 PatKostG).

4. Die Beschwerdegebühr ist zurückzuzahlen, da die Beschwerde als nicht eingelegt gilt und die Zahlung damit ohne Rechtsgrund erfolgt ist (§ 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 10 Abs. 2 PatKostG).

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 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 ist nur gewahrt, wenn die Rechtsbeschwerde vor Fristablauf beim Bundesgerichtshof eingeht. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Kortbein

Kriener

Fehlhammer

Li