



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 568/24

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2022 008 582

(hier: Antrag auf Wiedereinsetzung)

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 11. Dezember 2024 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Dr. Mittenberger-Huber, des Richters Posselt und der Richterin Akintche

beschlossen:

1. Der Antrag der Markeninhaberin, ihr Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr zu gewähren, wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde gilt als nicht eingelegt.
3. Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr wird angeordnet.

G r ü n d e

I.

Die Markenstelle für Klasse 35 des Deutschen Patent- und Markenamts (DPMA) hat mit Beschluss vom 3. April 2024 auf den Widerspruch aus der Marke 30 2008 025 754 die Teillöschung der angegriffenen Marke 30 2022 008 582 angeordnet.

Der Beschluss ist dem Verfahrensbevollmächtigten der Inhaberin der angegriffenen Marke laut den Ausführungen in den Schriftsätzen vom 10. Mai 2024 und 10. September 2024 am 12. April 2024 zugestellt worden. Das dem Beschluss beigefügte Empfangsbekanntnis, das am 6. Mai 2024 per Fax an das DPMA zurückgesandt wurde, weist demgegenüber einen Empfang am 6. Mai 2024 aus.

Die Markeninhaberin hat mit am gleichen Tag per Fax beim DPMA eingegangenen Schriftsatz vom 10. Mai 2024 Beschwerde gegen den Teillöschungsbeschluss eingelegt und darauf hingewiesen, dass „die fällige Beschwerdegebühr mit gleicher Post angewiesen“ werde. Eine Zahlung der Beschwerdegebühr in Höhe 200 Euro ist innerhalb der Beschwerdefrist nicht erfolgt. Mit Schriftsatz vom 16. Mai 2024 hat die Markeninhaberin ihre Beschwerde begründet.

Mit einem am 4. September 2024 ihr zugegangenen gerichtlichen Bescheid ist die Markeninhaberin darauf hingewiesen worden, dass ausweislich der Akten die Beschwerdegebühr nicht eingezahlt wurde, weshalb festzustellen sein werde, dass die Beschwerde als nicht eingelegt gelte.

Die Markeninhaberin hat mit Schriftsatz vom 10. September 2024, eingegangen bei Gericht am 11. September 2024, Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr beantragt und hierzu Folgendes vorgetragen:

Der Verfahrensbevollmächtigte der Markeninhaberin sei am 22. April 2024 von dieser beauftragt worden, Beschwerde gegen den Teillöschungsbeschluss des DPMA einzulegen. Bei einer internen Besprechung am 2. Mai 2024 vormittags habe der Rechtsanwalt seine Mitarbeiterin Frau X ... beauftragt, im Wege einer Rücksprache die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, dass diese die Zahlung der Beschwerdegebühr unmittelbar an das Gericht innerhalb der gesetzlichen Frist leisten solle. Dies habe der Anwalt gegenüber der Mitarbeiterin damit begründet, dass die Frist zur Zahlung ablaufen würde und bis dahin eine Zahlung erfolgen müsse. Die Mitarbeiterin habe sich dies in der internen Besprechung notiert. Der Verfahrensbevollmächtigte führt weiter aus, er habe am 9. Mai 2024 bei Frau X ... angerufen und gefragt, ob diese mit der Mandantin gesprochen habe und die Zahlung erfolgt sei. Dies habe die Mitarbeiterin ihm gegenüber bestätigt, so dass er dann die Beschwerde mit Datum 10. Mai 2024 eingereicht und dort bereits aufgeführt habe, dass die Beschwerdegebühr angewiesen sei.

Aufgrund der gerichtlichen Mitteilung habe der Verfahrensbevollmächtigte festgestellt, dass die Beschwerdegebühr nicht gezahlt worden sei. Seine Mandantin habe ihm mitgeteilt, dass ein Gespräch mit Frau X ... nicht stattgefunden habe. Nach internen Recherchen habe seine Mitarbeiterin erklärt, dass sie die Anweisung vom 2. Mai 2024 nicht ausgeführt habe, weil sie dies aufgrund einer Erkrankung der Tochter übersehen habe. Die Nachfrage vom 9. Mai 2024 habe sie auf eine andere markenrechtliche Angelegenheit bezogen und zu diesem Zeitpunkt die Akten verwechselt, so dass sie deswegen eine falsche Auskunft zur Erledigung dieser Aufgabe gegeben habe.

Frau X ... arbeite seit 25 Jahren als Notarfachangestellte in Notariaten und Rechtsanwaltskanzleien. Sie sei seit mehreren Jahren für die Kanzlei des Verfahrensbevollmächtigten tätig, stets zuverlässig und erfülle die von ihr zu erledigenden Aufgaben stets mit hervorragender Sachkenntnis und Sorgfalt. Auch sei die Kanzlei so organisiert, dass Fristen regelmäßig eingehalten und die Erledigung der an Mitarbeiter erteilten Aufgaben überwacht würden. So sei es auch hier gewesen. Denn der Verfahrensbevollmächtigte habe sich am 9. Mai 2024 bei seiner Mitarbeiterin erkundigt, ob die ihr erteilte Aufgabe erledigt worden und die Zahlung der Beschwerdegebühr erfolgt sei. Beides habe die sorgfältig ausgewählte und angeleitete Mitarbeiterin, welche immer zuverlässig sei, bestätigt. Damit habe der Verfahrensbevollmächtigte sämtliche ihm obliegende Pflichten erfüllt. Es liege mithin der Fall einer unverschuldeten Versäumnis vor.

Zur Glaubhaftmachung dieses Vortrags hat die Markeninhaberin eine eidesstattliche Versicherung der Notariatsfachangestellten X ... vom 10. September 2024 vorgelegt.

Die Beschwerdegebühr in Höhe von 200 Euro ist von der Kanzlei des Verfahrensbevollmächtigten an das DPMA mit Zahlungseingang am 11. September 2024 überwiesen worden.

Der Senat hat die Beteiligten mit gerichtlichem Schreiben vom 29. Oktober 2024 auf Zweifel an den Erfolgsaussichten des Wiedereinsatzantrags hingewiesen.

Mit Schriftsatz vom 25. November 2024 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Markeninhaberin nochmals geltend gemacht, dass ein Organisationsverschulden nicht vorliege. Er setze in seiner Kanzlei eine Software ein, mit welcher sämtliche Vorgänge in der Kanzlei dokumentiert, die Akten geführt, Aufgaben an Mitarbeiter vergeben und Fristen inklusiv einer einwöchigen Vorfrist notiert und überwacht werden könnten. Zusätzlich würden gemäß den gesetzlichen Vorgaben die Handakten auch in Papierform sowie ein Fristenbuch geführt. Ferner finde einmal wöchentlich eine allgemeine Mitarbeiterbesprechung statt, in welcher für die nächste Woche anstehende Fristen besprochen sowie ggf. noch durchzuführende Maßnahmen durch Arbeitsanweisungen erteilt würden. Sämtliche Arbeitsanweisungen würden dabei auch in der eingesetzten Kanzleisoftware für den jeweiligen Mitarbeiter vermerkt und mit entsprechenden Erledigungsfristen versehen. Die Mitarbeiter würden regelmäßig auch über die Notwendigkeit und Wichtigkeit der Fristeinhaltung belehrt und erinnert. Wie bereits vorgetragen, habe der Verfahrensbevollmächtigte am 2. Mai 2024 seine Mitarbeiterin mit der Rücksprache mit der Mandantin beauftragt. Neben der mündlichen Anweisung sei zusätzlich eine Aufgabenstellung in der Kanzleisoftware erfolgt, welche gleichzeitig auch mit einer Erledigungsfrist bis zum 9. Mai 2024 versehen gewesen sei. Hierin liege eine konkrete Einzelanweisung an das Hilfspersonal, deren Befolgung die Fristwahrung sichergestellt hätte. Der Verfahrensbevollmächtigte habe am 9. Mai 2024 die Beschwerdefrist abgefasst. Da kein entsprechender Vermerk in der Akte vorhanden gewesen sei, habe er Rücksprache mit Frau X ... gehalten. Der Umstand, dass ihm aufgefallen sei, dass der Telefonanruf in der Akte nicht notiert gewesen sei und er dies zum Anlass für die Nachfrage genommen habe, zeige, dass eine Überwachung und Kontrolle der eingesetzten Mitarbeiter durch die Organisation vorgesehen sei und auch tatsächlich stattgefunden habe. Es liege daher kein zurechenbares Verschulden des Bevollmächtigten der Markeninhaberin, sondern eine ihnen nicht zurechenbare Fehlleistung der Kanzleikraft vor.

Die Markeninhaberin beantragt,

ihr Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezüglich der Einzahlung der Beschwerdegebühr zu gewähren.

Die Widersprechende hat sich zu dem Wiedereinsetzungsantrag nicht geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Markeninhaberin gilt als nicht eingelegt, weil sie die Beschwerdegebühr nicht fristgerecht eingezahlt hat und ihr insoweit gestellter Wiedereinsetzungsantrag unbegründet ist.

A. Die Markeninhaberin hat zwar gegen den Beschluss der Markenstelle für Klasse 35 vom 3. April 2024 rechtzeitig innerhalb der Monatsfrist des § 66 Abs. 2 MarkenG Beschwerde eingelegt, jedoch ohne die ebenfalls binnen eines Monats ab Zustellung des angegriffenen Beschlusses zu entrichtende Beschwerdegebühr in Höhe von 200 Euro einzuzahlen, §§ 82 Abs. 1 Satz 3, 66 Abs. 2 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 1 PatKostG i. V. m. Nr. 401 300 GebVerz. zu § 2 Abs. 1 PatKostG.

Der angegriffene Beschluss vom 3. April 2024 ist der Markeninhaberin laut den Ausführungen in den Schriftsätzen vom 10. Mai 2024 und 10. September 2024 am 12. April 2024 zugestellt worden, so dass die Beschwerdefrist von einem Monat nach § 66 Abs. 2 MarkenG sowie die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr am 13. Mai 2024 endete, weil der 12. Mai 2024 ein Sonntag war (§ 82 Abs. 1 MarkenG,

§ 222 Abs. 2 ZPO). Innerhalb dieser Frist ist zwar die Beschwerde per Telefax am 10. Mai 2024 beim DPMA eingegangen, nicht aber die Beschwerdegebühr.

Der Senat geht im Übrigen davon aus, dass das dem DPMA am 6. Mai 2024 zurückgesandte Empfangsbekenntnis über die Zustellung des angegriffenen Beschlusses fälschlich einen Empfang am 6. Mai 2024 ausweist. Hierfür sprechen nicht nur die abweichenden Angaben in den Schriftsätzen, sondern auch die Beauftragung der Beschwerdeeinlegung durch die Mandantin bereits am 22. April 2024 und der geltend gemachte Inhalt der internen Kanzleibesprechung am 2. Mai 2024. Selbst wenn man aber von einer Zustellung des angegriffenen DPMA-Beschlusses erst zu dem im Empfangsbekenntnis genannten Zeitpunkt ausginge, wäre eine Zahlung der Gebühr innerhalb der dann - unterstellt - bis Donnerstag, den 6. Juni 2024 laufenden Beschwerdefrist ohnehin nicht erfolgt.

Fehlt es an der rechtzeitigen Zahlung der Beschwerdegebühr, so gilt die Beschwerde gemäß § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 PatKostG i. V. m. § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 PatKostG als nicht eingelegt.

B. Der mit dem am 11. September 2024 beim Bundespatentgericht eingegangenen Schriftsatz gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung ist zwar statthaft, da er innerhalb der mit Zugang des gerichtlichen Hinweises vom 4. September 2024 auf die nicht erfolgte Einzahlung der Beschwerdegebühr beginnenden zweimonatigen Wiedereinsetzungsfrist nach § 91 Abs. 2 MarkenG (Fristende: Montag, 4. November 2024) gestellt worden ist. Weiterhin ist die versäumte Handlung, mithin die Zahlung der Beschwerdegebühr, ebenfalls innerhalb der Antragsfrist per Überweisung vom 10. September 2024 mit Zahlungseingang am 11. September 2024 beim DPMA nachgeholt worden, § 91 Abs. 4 Satz 1 MarkenG.

Der Antrag ist jedoch unbegründet. Die Voraussetzungen für eine Wiedereinsetzung gemäß § 91 MarkenG liegen nicht vor. Es kann nicht festgestellt

werden, dass die Markeninhaberin ohne Verschulden ihres Verfahrensbevollmächtigten, für dessen Verhalten sie einzustehen hat, verhindert war, die Beschwerdegebühr innerhalb der Frist nach § 66 Abs. 2 MarkenG zu zahlen.

1. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird gemäß § 91 Abs. 1 MarkenG gewährt, wenn eine dem Deutschen Patent- und Markenamt oder dem Bundespatentgericht gegenüber einzuhaltende Frist, deren Versäumung nach einer gesetzlichen Vorschrift einen Rechtsnachteil zur Folge hat, ohne Verschulden versäumt wurde. 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 (st. Rspr.; vgl. Meiser in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. 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 (§ 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m § 85 Abs. 2 ZPO; vgl. ferner BGH GRUR 2000, 1010 – Schaltmechanismus). Dabei werden an die Sorgfalt eines Anwalts von der Rechtsprechung strenge Maßstäbe angelegt, die aber nicht überspannt werden dürfen (vgl. Meiser in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 91 Rn. 13; Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl., § 91 Rn. 21; ebenso Greger in Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 233 Rn. 13).

Die die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen sind gemäß § 91 Abs. 3 Satz 1 MarkenG innerhalb der Antragsfrist anzugeben. Hierzu bedarf es einer geschlossenen, aus sich heraus verständlichen Schilderung der tatsächlichen Abläufe. Dazu gehören, wenn sich Verfahrensbevollmächtigte auf ein Versehen ihrer Büroangestellten berufen, Darlegungen über die Büroorganisation, deren Beachtung eine Fristversäumung vermieden hätte, die Zuverlässigkeit und Überwachung der beschäftigten Hilfskräfte, die Kausalität des vorgetragenen

Sachverhalts für die Fristversäumung sowie der Ausschluss eines Verschuldens des Vertreters; pauschale Angaben reichen nicht aus (vgl. BPatG, Beschluss vom 16. Juli 2020, 30 W (pat) 507/20 – My Goas; Meiser in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 91 Rn. 27).

Nach Ablauf der Frist des § 91 Abs. 2 MarkenG können keine neuen Tatsachen geltend gemacht werden.

2. Den vorgenannten Anforderungen wird der Vortrag der Markeninhaberin nicht gerecht. Der Senat hat sich nicht davon überzeugen können, dass den Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin kein Verschulden an der Fristversäumnis trifft.

Zwar muss sich die Markeninhaberin Fehler sogenannter Hilfspersonen ihres Bevollmächtigten, die nicht vertretungsberechtigt sind, grundsätzlich nicht zurechnen lassen. Jedoch kann sich in diesem Fall ein ihr zuzurechnendes Verschulden ihres Verfahrensbevollmächtigten daraus ergeben, dass er nicht hinreichend dafür Sorge getragen hat, dass seine Anweisungen erledigt werden.

a. Der Verfahrensbevollmächtigte beruft sich auf ein Büroversehen. Zum schlüssigen Vortrag der Wiedereinsetzungsgründe gehört daher die Darlegung, warum ein Organisationsverschulden auszuschließen ist. Im Schriftsatz vom 10. September 2024, der am 11. September 2024 bei Gericht eingegangen ist, sind indes weder die Führung eines Termins- und Fristenkalenders oder der Handakte noch die von der Kanzlei zur Überwachung eingerichtete Büroorganisation oder die konkreten Maßnahmen zur entsprechenden Kontrolle sowie die Belehrungen und Kontrollen seiner Mitarbeiterin beschrieben.

Das ergänzende tatsächliche Vorbringen zur konkreten Büroorganisation der Markeninhaberin in dem am 25. November 2024 eingegangenen Schriftsatz kann nicht berücksichtigt werden, da es sich insoweit um ein unzulässiges Nachschieben

neuer Tatsachen handelt. Dieser Schriftsatz ging erst nach Ablauf der zweimonatigen Wiedereinsetzungsfrist des § 91 Abs. 2 MarkenG ein. Der Zeitpunkt für den Wegfall des Hindernisses ist vorliegend der 4. September 2024. Die Wiedereinsetzungsfrist endete damit am 4. November 2024. Grundsätzlich müssen nach § 91 Abs. 3 Satz 1 MarkenG alle Tatsachen, die für die Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von Bedeutung sein können, innerhalb der zweimonatigen Antragsfrist vorgetragen werden; lediglich erkennbar unklare oder ergänzungsbedürftige Angaben, deren Aufklärung nach § 139 ZPO geboten gewesen wäre, dürfen nach Fristablauf erläutert oder vervollständigt werden; andernfalls liegt ein unzulässiges Nachschieben von Gründen vor (vgl. BGH NJW 2011, 458 Rn. 17; BGH NJW 1992, 697; Meiser in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 91 Rn. 28). Eine Ergänzung und Klarstellung kommen auch nur dann in Betracht, wenn und soweit überhaupt Tatsachen vorgetragen sind, die im Fall einer Ergänzung oder Klarstellung geeignet sind, das Wiedereinsetzungsbegehren rechtfertigen.

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Denn innerhalb der zweimonatigen Wiedereinsetzungsfrist ist lediglich pauschal ausgeführt worden, dass die Kanzlei so organisiert sei, dass Fristen regelmäßig eingehalten werden und die Erledigung der an Mitarbeiter erteilten Aufgaben überwacht werde. Hierin kann kein Tatsachenvortrag zur Kanzleiorganisation gesehen werden, vielmehr handelt es sich um bloße Behauptungen. Auch in der eidesstattlichen Versicherung der Frau X ... findet sich zur konkreten Kanzleiorganisation nichts.

Die Ausführungen im Schriftsatz vom 25. November 2024 zur Büroorganisation beinhalten damit schlicht neuen Vortrag, der nicht zu berücksichtigen ist.

b. Mängel in der Kanzleiorganisation begründen dann kein Verschulden des Anwalts, wenn er eine konkrete Einzelanweisung an das Hilfspersonal erteilt hat, deren Befolgung die Fristwahrung sichergestellt hätte (vgl. Meiser in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, a. a. O., § 91 Rn. 17). Ein solcher Fall liegt hier

aber nicht vor. Denn eine solche konkrete Einzelanweisung ist - entgegen der Auffassung der Markeninhaberin - nicht schlüssig vorgetragen und glaubhaft gemacht worden. Diesbezüglich sind vielmehr Unklarheiten und Ungereimtheiten im Sachvortrag festzustellen.

Die hier geschilderte Einzelanweisung an die Notarfachangestellte Frau X ... bezieht sich lediglich auf die mündliche Anweisung zum Kontakt mit der Mandantin mit dem Hinweis zur Zahlung der Beschwerdegebühr. Eine Einzelanweisung muss aber so genau, vollständig und konkret sein, dass sie den Anforderungen einer zuverlässigen Fristwahrung entspricht. Ferner sind ausreichende organisatorische Vorkehrungen zu treffen, dass die Ausführung der Anordnung nicht vergessen wird, was umso mehr gilt, wenn die Anweisung nur mündlich erteilt wird (vgl. hierzu Hüßtege in Thomas/Putzo, ZPO, 45. Aufl. 2024, § 233 Rn. 19c; Greger in Zöller, ZPO 35. Aufl. 2024, § 233 Rn. 23.13). Hieran fehlt es vorliegend.

aa. Die Markeninhaberin hat geltend gemacht, dass in einer Besprechung am 2. Mai 2024 vormittags der Verfahrensbevollmächtigte seine Mitarbeiterin Frau X ... beauftragt habe, im Wege einer Rücksprache die Markeninhaberin darauf hinzuweisen, dass diese die Zahlung der Beschwerdegebühr unmittelbar an das Gericht innerhalb der gesetzlichen Frist leisten solle. Dies habe der Anwalt gegenüber der Mitarbeiterin damit begründet, dass die Frist zur Zahlung ablaufen würde und bis dahin eine Zahlung erfolgen müsse. Die Mitarbeiterin habe sich dies in der internen Besprechung notiert. Frau X ... führt in ihrer eidesstattlichen Versicherung hierzu entsprechend aus, der Bevollmächtigte habe darauf hingewiesen, dass die Frist mit Datum 12. Mai 2024 ablaufen würde, so dass die Zahlung in der nächsten Woche erfolgen solle. Dies habe sie der Mandantin erklären und auf die Kontoverbindung in der Rechtsmittelbelehrung verweisen sollen.

Ungeachtet des Umstands, dass die Zahlung der Gebühr nicht unmittelbar an das Gericht zu zahlen und die Frist nicht am 12. Mai, sondern am 13. Mai 2024

abgelaufen ist, enthält das innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist eingereichte Vorbringen keinerlei Ausführungen dazu, welche Maßnahmen allgemein oder konkret innerhalb der Büroorganisation getroffen werden bzw. wurden, um eine fristgerechte Ausführung von Anweisungen zu gewährleisten. Vor allem fehlt ein Vortrag dazu, wann Frau X ... diese (Einzel)Anweisung ausführen, ob bzw. dass diese Anweisung und deren Ausführung auch in der Handakte und im Fristenbuch notiert werden sowie wann und wo eine Wiedervorlagefrist zur Kontrolle gesetzt werden sollte.

Der Verfahrensbevollmächtigte hat sodann zunächst ausgeführt, er habe am 9. Mai 2024 bei Frau X ... angerufen und gefragt, ob diese mit der Mandantin gesprochen habe und „die Zahlung erfolgt“ sei. Dies habe die Mitarbeiterin – wie auch der eidesstattlichen Versicherung zu entnehmen ist – ihm gegenüber bestätigt, so dass er dann die Beschwerde mit Datum 10. Mai 2024 eingereicht und dort bereits aufgeführt habe, dass die Beschwerdegebühr angewiesen sei. In der Beschwerdeschrift steht jedoch Folgendes: „Die fällige Beschwerdegebühr *wird* mit gleicher Post *angewiesen*.“ Diese Formulierung passt nicht zu den Ausführungen im Wiedereinsetzungsantrag. Vielmehr deutet dies darauf hin, dass die Kanzlei die Zahlung vornehmen wollte; die Gebühr für die Markenmeldung ist jedenfalls von der Kanzlei überwiesen worden. Ein Grund, warum nun die Beschwerdegebühr direkt von der Mandantin gezahlt werden sollte, ist im Übrigen nicht angegeben. Zudem verwundert es, dass in der Beschwerdeschrift darauf hingewiesen wurde, dass die Zahlung „angewiesen“ sei, obwohl doch die Mitarbeiterin bereits die Zahlung bestätigt haben soll.

Geltend gemacht ist des Weiteren, dass Frau X ... offensichtlich vergessen habe, den Anruf bei der Mandantin zu tätigen. Aufgefallen sei ihr dies nach der gerichtlichen Mitteilung über die fehlende Zahlung nach einer Recherche im Kanzleisystem und ihren Unterlagen. Wie dieses Kanzleisystem geführt wird und aus welchen Unterlagen der Fehler hervorgegangen ist, hat sie nicht geschildert. Die Mitarbeiterin versichert, bei ihrem Telefonat mit dem Anwalt habe sie

offensichtlich die Akten verwechselt und daher eine falsche Auskunft erteilt. Die Auskunft habe sich auf eine andere markenrechtliche Angelegenheit bezogen, in der sie auf Anweisung des Rechtsanwalts mit der Mandantin auch wegen der Zahlung einer Gebühr telefoniert habe. Nähere Angaben hierzu fehlen ebenfalls.

Soweit die Büroangestellte in ihrer eidesstattlichen Versicherung weiter vorträgt, sie habe wohl aufgrund einer Krankheit ihrer Tochter vergessen, „die gegenständliche Aufgabe“ zu erledigen, so bleibt unklar, ob sie damit den Telefonanruf bei der Mandantin meint oder - was am Ende der eidesstattlichen Versicherung ausgeführt wird -, dass sie dadurch bei dem Telefonat mit dem Anwalt die Akten verwechselte und deshalb eine falsche Auskunft erteilte.

bb. Der vorgenannte zwar rechtzeitige, aber nicht ausreichende Sachvortrag bei Stellung des Wiedereinsetzungsantrags kann nicht im weiteren Verfahren durch die Ausführungen in dem Schriftsatz vom 25. November 2024 in zulässiger Weise ergänzt werden. Nachdem der Senat in seinem Schreiben vom 29. Oktober 2024 unter anderem darauf hingewiesen hatte, dass nicht nachvollzogen werden kann, warum jedenfalls am Tag der Einlegung der Beschwerde am 10. Mai 2024 bei angeblich ordnungsgemäßer Büroorganisation und Fristenerfassung und -kontrolle nicht aufgefallen ist, dass der Telefonanruf bei der Mandantin zumindest nicht in den Akten vermerkt wurde, hat die Markeninhaberin nunmehr im Schriftsatz vom 26. November 2024 unter anderem geltend gemacht, dass eine Aufgabenstellung in der verwendeten Kanzleisoftware mit einer Erledigungsfrist bis zum 9. Mai 2024 erfolgt sei.

Das Vorbringen in diesem Schriftsatz enthält einen neuen Sachverhalt – nämlich, dass neben der mündlichen Anweisung zusätzlich eine Aufgabenstellung in der verwendeten Kanzleisoftware erfolgte, die mit einer Wiedervorlagefrist versehen war und dass gerade der fehlende Aktenvermerk über den Telefonkontakt Anlass für die Rückfrage bei der Kanzleikraft war. Diese Ausführungen können die unzureichenden Angaben im Wiedereinsetzungsantrag nicht in zulässiger Weise

bloß ergänzen, sondern stellen einen als neu und deshalb verspätet zu wertenden Sachvortrag dar.

Ungeachtet dessen stellen sich selbst bei Berücksichtigung dieses Vortrags Fragen, die Zweifel an einem Erfolg des Wiedereinsetzungsgesuchs aufkommen lassen. So bliebe weiterhin offen, warum nicht schon bei Rücksendung des Empfangsbekennnisses am 6. Mai 2024 (durch den Verfahrensbevollmächtigten selbst oder eine Kanzleikraft?) das Fehlen des Aktenvermerks aufgefallen ist und warum trotz ordnungsgemäßer Führung eines Fristenbuchs das Empfangsbekennnis überhaupt falsch datiert werden konnte. Nicht zuletzt hätte der Umstand, dass die Kanzleikraft jedenfalls keinen Vermerk über das Telefonat mit der Mandantin in den Akten notiert hatte bzw. die geltend gemachte Aufgabenstellung in der Kanzleisoftware offensichtlich noch offen war, Anlass nicht nur für eine telefonische Nachfrage, sondern für eine konkrete Gegenkontrolle durch den Anwalt geben müssen. Jedenfalls hätte er wegen des bereits festgestellten Fehlers nicht auf die bloß mündliche Auskunft der Kanzleikraft vertrauen dürfen,

Vorliegend können nach alledem mögliche Fehler von Hilfspersonen in der Kanzlei nicht als in erster Linie ursächlich für die Fristversäumung angesehen werden bzw. lassen diese Fehler ein für die Fristversäumung ursächliches Verschulden der Verfahrensbevollmächtigten nicht entfallen.

Der Wiedereinsetzungsantrag war daher zurückzuweisen und es war (deklaratorisch) festzustellen, dass die Beschwerde als nicht eingelegt gilt.

3. Eine Anfechtung der Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrags ist im Markengesetz nicht vorgesehen, wobei § 82 Abs. 2 MarkenG für solche Fälle bestimmt, dass kein Rechtsbehelf gegeben ist (vgl. Meiser in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 82 Rn. 103; § 91 Rn. 36, § 83 Rn. 8; Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl., § 83 Rn. 15; zum Patentrecht: Busse/Keukenschrijver, PatG, 9. Aufl., § 100 Rn. 9).

Lediglich die Entscheidung, die feststellt, dass die Beschwerde mangels Zahlung der Beschwerdegebühr als nicht eingelegt gilt (§ 6 Abs. 2 PatKostG), kann als instanzbeendende Entscheidung im Beschwerdeverfahren statthafter Gegenstand der Rechtsbeschwerde sein (vgl. BGH GRUR 2019, 548 – Future Institut).

C. Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr war anzuordnen, da für die als nicht eingelegt geltende Beschwerde eine Gebühr nicht geschuldet und daher die verspätet gezahlte Gebühr ohne Rechtsgrund entrichtet worden ist (Meiser in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 66 Rn. 59).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Feststellung, dass die Beschwerde als nicht eingelegt gilt, steht den Verfahrensbeteiligten 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, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, durch eine beim

Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt einzulegen.

Mittenberger-Huber

Akintche

Posselt