



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

X ZR 60/19

vom

28. April 2020

in der Patentnichtigkeitsache

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Berufungsbegründung durch Patentanwalt

ZPO § 233 Fd; PatG § 113 Satz 1

Ein Patentanwalt, der kurz vor Ablauf der dafür maßgeblichen Frist feststellt, dass die Telefax-Übermittlung einer Berufungsbegründung in einem Patentnichtigkeitsverfahren wegen nicht von ihm zu vertretender technischer Probleme voraussichtlich scheitern wird, ist nicht verpflichtet, nach einem Rechtsanwalt zu suchen, der den Versand für ihn über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) vornehmen kann.

BGH, Beschluss vom 28. April 2020 - X ZR 60/19 - Bundespatentgericht

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. April 2020 durch die Richter Dr. Bacher, Dr. Grabinski und Hoffmann, die Richterin Dr. Kober-Dehm und den Richter Dr. Rensen

beschlossen:

Der Klägerin wird nach Versäumung der Frist zur Begründung der Berufung gegen das Urteil des 5. Senats (Nichtigkeitssenats) des Bundespatentgerichts vom 9. April 2019 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

Gründe:

1 I. Die Klägerin wendet sich gegen die erstinstanzliche Abweisung einer Patentnichtigkeitsklage. Zur Begründung ihrer fristgerecht eingelegten Berufung hat einer ihrer Prozessbevollmächtigten, ein Patentanwalt, am letzten Tag der bis 4. November 2019 verlängerten Frist per Telefax einen Schriftsatz an die Geschäftsstelle des Senats übermittelt. Von den insgesamt 39 Seiten dieses Dokuments sind lediglich 35 Seiten vor 0 Uhr des Folgetags eingegangen, die weiteren vier Seiten einschließlich der letzten Seite mit der Unterschrift erst kurz danach.

2 Die Klägerin trägt im Wesentlichen vor, der mit der Sache befasste Patentanwalt habe die Übertragung des Schriftsatzes gegen 22:40 Uhr unter Nutzung des funktionsfähigen elektronischen Fax-Systems der Kanzlei veranlasst. Der Übermittlungsvorgang habe um 22:59 Uhr begonnen. Der Patentanwalt habe aufgrund von Erfahrungen mit vergleichbaren Schriftsätzen mit einer Übertragungszeit von 20 Minuten gerechnet. Als um 23:30 Uhr der Versand noch nicht erfolgreich abgeschlossen gewesen sei, habe er nach alternativen Möglichkeiten zur Übersendung per Telefax gesucht. Nach einigen Mühen habe er einen Internet-Anbieter ausfindig gemacht, der keine vorherige Registrierung

verlange. Um 23:54 Uhr habe er über diesen Dienst einen zweiten Sendevorgang gestartet.

3 Die Klägerin beantragt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Beklagte tritt dem Gesuch entgegen.

4 II. Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist zulässig und begründet.

5 1. Das Gesuch ist nach den in Patentnichtigkeitsverfahren in der Berufungsinstanz entsprechend anzuwendenden §§ 233 ff. ZPO (BGH, Beschluss vom 31. Mai 2000 - X ZR 154/99, GRUR 2000, 1010 - Schaltmechanismus; Beschluss vom 17. Oktober 2000 - X ZR 41/00, GRUR 2001, 271 - Kreiselpumpe) statthaft und innerhalb der Monatsfrist des § 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO eingelegt worden. Eine erneute Übermittlung der Berufungsbegründung war nicht erforderlich, weil diese, wenn auch nach Ablauf der hierfür maßgeblichen Frist, bereits zuvor eingereicht worden ist.

6 2. Die Klägerin hat hinreichend dargetan und glaubhaft gemacht, dass die Versäumung der Frist nicht auf einem eigenen oder einem ihr gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbaren Verschulden ihrer Prozessbevollmächtigten beruht.

7 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dürfen Verfahrensbeteiligte die ihnen vom Gesetz eingeräumten prozessualen Fristen bis zu ihrer Grenze ausnutzen (vgl. nur BGH, Urteil vom 25. November 2004 - VII ZR 320/03, NJW 2005, 678, 679).

8 Bei einer Übermittlung per Telefax hat der Versender mit der ordnungsgemäßen Nutzung eines funktionsfähigen Sendegeräts und der korrekten Eingabe der Empfänger Nummer das seinerseits Erforderliche zur Fristwahrung getan, wenn er so rechtzeitig mit der Übermittlung begonnen hat, dass unter normalen Umständen mit ihrem Abschluss vor 0 Uhr zu rechnen gewesen ist. Das ist in der Regel der Fall, wenn eine Übermittlungszeit von dreißig Sekunden pro Seite angesetzt wird (BGH, Urteil vom 25. November 2004 -

VII ZR 320/03, NJW 2005, 678, 679; Beschluss vom 27. September 2018 - IX ZB 67/17, NJW-RR 2018, 1398 Rn. 21) und der sich daraus ergebende Wert im Hinblick auf die Möglichkeit einer anderweitigen Belegung des Empfangsgeräts sowie schwankende Übertragungsgeschwindigkeiten um einen Sicherheitszuschlag von etwa zwanzig Minuten erhöht wird (BGH, Beschluss vom 17. Mai 2004 - II ZB 22/03, MMR 2004, 667; Beschluss vom 19. Dezember 2017 - XI ZB 14/17, FamRZ 2018, 610 Rn. 10).

9

Hat der Versender diese Vorgaben eingehalten, trifft ihn kein Verschulden, wenn die Übermittlung wegen technischer Störungen am Empfangsgerät oder auf dem Übermittlungsweg einen längeren Zeitraum beansprucht (BGH, Beschluss vom 27. September 2018 - IX ZB 67/17, NJW-RR 2018, 1398 Rn. 20). Allerdings darf er angezeigte Störungen nicht vorschnell zum Anlass nehmen, von weiteren Sendeversuchen abzusehen. Vielmehr ist er gehalten, ihm erkennbar gewordene Übermittlungsfehler bis zum Fristablauf zu beheben und zumindest weitere Übermittlungsversuche zu unternehmen, um auszuschließen, dass die Übermittlungsschwierigkeiten in seinem Bereich liegen (BGH, Beschluss vom 11. Januar 2011 - VIII ZB 44/10, NJOZ 2012, 935 Rn. 9).

10

b) Im Streitfall ergibt sich aus dem Vorbringen der Klägerin und den zur Glaubhaftmachung vorgelegten Unterlagen, dass der mit der Sachbearbeitung befasste Patentanwalt die vom Bundesgerichtshof für die Übersendung von Schriftsätzen bereitgestellte Fax-Nummer benutzt und der erste Übermittlungsvorgang um 22:59 Uhr begonnen hat.

11

Die damit zur Verfügung stehende Zeit von gut einer Stunde war ausreichend. Bei Einbeziehung des üblichen Sicherheitszuschlags von zwanzig Minuten wäre der Schriftsatz selbst dann noch rechtzeitig eingegangen, wenn die Übermittlung für jede Seite eine Minute in Anspruch genommen hätte. Der Patentanwalt hat auch pflichtgemäß einen weiteren Übermittlungsversuch unternommen, nachdem er festgestellt hatte, dass der erste Versuch ungewöhnlich viel Zeit in Anspruch nimmt. Seine Entscheidung, die zweite Übermittlung mit

einem anderen System vorzunehmen, ist nicht zu beanstanden. Ein erneuter Versuch mit dem kanzeleigenen System hätte das sichere Scheitern des ersten, noch ohne Fehlermeldung laufenden Übermittlungsvorgangs zur Folge gehabt, aber keine Gewähr dafür geboten, dass ein erneuter Versuch erfolgreicher verläuft.

12            Dem Patentanwalt gereicht es auch nicht zum Verschulden, dass er sich nicht schon früher um einen weiteren Übermittlungsvorgang bemüht hat. Unter üblichen Verhältnissen war mit einem Abschluss des Übermittlungsvorgangs nicht vor 23:20 Uhr zu rechnen. Da bis dahin kein Übertragungsfehler angezeigt wurde, durfte der Patentanwalt jedenfalls bis 23:30 Uhr darauf vertrauen, dass die Übermittlung bis Mitternacht abgeschlossen sein würde. Dass er im Anschluss daran einige Zeit benötigte, um eine neue Übermittlungsmöglichkeit zu schaffen, ist ebenfalls nicht als schuldhaft anzusehen. Er war nicht verpflichtet, von vornherein zwei voneinander unabhängige Faxsysteme vorzuhalten, wenn zuvor keine für einen Defekt des eigenen Systems sprechenden Anhaltspunkte vorhanden waren. Solche Anhaltspunkte sind hier nicht ersichtlich.

13            c)     Ein der Klägerin zurechenbares Verschulden ergibt sich auch nicht daraus, dass der mit der verantwortlichen Sachbearbeitung betraute Patentanwalt das Dokument nicht über ein besonderes elektronisches Anwaltspostfach (beA) versendet hat.

14            Dabei kann dahingestellt bleiben, ob ein Rechtsanwalt in vergleichbarer Lage verpflichtet wäre, einen Sendeversuch über dieses Medium zu unternehmen. Ein Patentanwalt, der nicht über ein besonderes elektronisches Anwaltspostfach verfügt, ist jedenfalls nicht verpflichtet, kurz vor Fristablauf nach einem Rechtsanwalt zu suchen, der den Versand für ihn vornehmen kann.

15            aa)    Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dürfen die Gerichte die Anforderungen an die den Prozessbevollmächtigten im Rahmen des § 233 Satz 1 ZPO obliegende Sorgfalt nicht überspannen. Von einem Prozessbevollmächtigten, der sich und seine organisatorischen Vorkehrungen darauf

eingrichtet hat, einen Schriftsatz per Telefax zu übermitteln, kann daher beim Scheitern der gewählten Übermittlungen infolge eines Defekts des Empfangsgeräts oder wegen Leitungsstörungen nicht verlangt werden, dass er unter Aufbietung aller nur denkbaren Anstrengungen innerhalb kürzester Zeit eine andere als die gewählte Zugangsart sicherstellt (BGH, Beschluss vom 27. Juni 2017 - II ZB 22/16, NJW-RR 2017, 1084 Rn. 13 ff.).

16

Vor diesem Hintergrund erscheint zweifelhaft, ob ein Rechtsanwalt, der sich für den Versand per Telefax entschieden hat, bei technischen Problemen kurz vor Fristablauf einen Übermittlungsversuch über das besondere elektronische Anwaltspostfach unternehmen muss (so aber OLG Dresden, MDR 2020, 306). Dieses Medium steht zwar gemäß § 31a Abs. 1 BRAO jedem Rechtsanwalt zur Verfügung. Die relativ hohe Zahl an Störungsmeldungen, die für dieses System veröffentlicht werden, begründet aber Zweifel daran, ob es in seiner derzeitigen Form eine höhere Gewähr für eine erfolgreiche Übermittlung kurz vor Fristablauf bietet als ein Telefax-Dienst. So sind auf der Internetseite der Bundesrechtsanwaltskammer (<https://bea.brak.de/category/aktuelle-meldungen>) für März 2020 insgesamt zwölf Störungsmeldungen veröffentlicht, von denen sich vier auf Wartungsarbeiten und acht auf Anmeldeprobleme unbekanntem Ursprungs beziehen.

17

bb) Für die Entscheidung des Streitfalls bedarf diese Frage keiner abschließenden Beantwortung. Ein Patentanwalt ist jedenfalls deshalb nicht verpflichtet, kurz vor Fristablauf von Telefax zu beA zu wechseln, weil ein solches Postfach nur für Rechtsanwälte eingerichtet ist.

18

Gemäß § 31a Abs. 1 Satz 1 BRAO wird ein besonderes elektronisches Anwaltsverzeichnis nur für in das Gesamtverzeichnis eingetragene Mitglieder der Rechtsanwaltskammern eingerichtet. In das Gesamtverzeichnis werden gemäß § 31 Abs. 1 BRAO nur Rechtsanwälte eingetragen.

19

Ein Patentanwalt könnte ein Dokument danach allenfalls in der Weise über das besondere elektronische Anwaltspostfach versenden, dass er einen



die Partei wie im Streitfall auch Rechtsanwälte als Prozessbevollmächtigte bestellt hat. Auch in solchen Konstellationen darf ein Patentanwalt seine Tätigkeit grundsätzlich eigenverantwortlich ausüben.

Bacher

Rensen

Vorinstanz:

Bundespatentgericht, Entscheidung vom 09.04.2019 - 5 Ni 25/17 (EP) -