

**Interner Verteilerschlüssel:**

- (A)  Veröffentlichung im ABl.
- (B)  An Vorsitzende und Mitglieder
- (C)  An Vorsitzende
- (D)  Keine Verteilung

**Datenblatt zur Entscheidung  
vom 12. Dezember 2010**

**Beschwerde-Aktenzeichen:** T 1962/08 - 3.4.02

**Anmeldenummer:** 06123022.3

**Veröffentlichungsnummer:** 1780502

**IPC:** G01B 11/25

**Verfahrenssprache:** DE

**Bezeichnung der Erfindung:**

Verfahren und Vorrichtung zur Ermittlung der Form eines Objekts

**Anmelder:**

Reiter, Mathias

**Stichwort:**

-

**Relevante Rechtsnormen:**

EPÜ Art. 108, 121, 122

EPÜ R. 126, 131, 136

**Relevante Rechtsnormen (EPÜ 1973):**

EPÜ Art. 108, 112, 122

Artikel 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

**Schlagwort:**

"Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei  
Fristüberwachungssystem ohne unabhängige Doppelkontrolle (nein)"  
"Bezugnahme auf Veröffentlichung 'Rechtsprechung' ausreichend  
(nein)"

**Zitierte Entscheidungen:**

G 0003/08, J 0005/80, J 0009/86, J 0031/90, J 0023/92,  
J 0003/06, J 0001/07, J 0013/07, T 0166/87, T 0309/88,  
T 0869/90, T 0413/91, T 0567/92, T 0828/94, T 0374/95,  
T 0494/95, T 0036/97, T 0428/98, T 0686/97, T 0001/99,  
T 1172/00, T 0622/01, T 0785/01, T 0902/05, T 1561/05,  
T 1026/06, T 0178/07, T 0257/07, T 0261/07, T 0473/07,  
T 1465/07, T 1726/08, T 0529/09, T 0836/09, EuGH, Rs. 217/91

**Leitsatz:**

Zu den Sorgfaltsanforderungen an ein Fristüberwachungssystem gehört im Allgemeinen, dass die Fristüberwachung nicht einer Person allein überlassen wird, sondern im gewählten System der Fristüberwachung ein genereller, von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person unabhängiger Kontrollmechanismus eingebaut ist (Bestätigung von T 428/98). Dieser Kontrollmechanismus kann innerhalb eines einzigen Systems der Fristüberwachung vorgesehen werden. Wird zur Realisierung des Kontrollmechanismus ein zweites System der Fristüberwachung eingerichtet, so muss dieses vom ersten unabhängig sein (Ergänzung zu T 1465/07).



Aktenzeichen: T 1962/08 - 3.4.02

**ENTSCHEIDUNG**  
der Technischen Beschwerdekammer 3.4.02  
vom 12. Dezember 2010

**Beschwerdeführer:** Reiter, Mathias  
Bgm.-Finsterwalder-Ring 12  
D-82515 Wolfratshausen (DE)

**Vertreter:** Alber, Norbert  
Hansmann & Vogeser  
Patent- und Rechtsanwälte  
Albert-Roßhaupter-Straße 65  
D-81369 München (DE)

**Angefochtene Entscheidung:** Entscheidung der Prüfungsabteilung des  
Europäischen Patentamts vom 16. Mai 2008.

**Zusammensetzung der Kammer:**

**Vorsitzender:** A. G. Klein  
**Mitglieder:** B. Müller  
A. Maaswinkel

## Sachverhalt und Anträge

I. Mit Schreiben vom 26. September 2008, das an diesem Tag auch beim Europäischen Patentamt (EPA) einging, beantragte ein zugelassener Vertreter aus der den Anmelder vertretenden Kanzlei von Patent- und Rechtsanwälten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezüglich der Frist für die Einlegung der Beschwerde gegen die Entscheidung der Prüfungsabteilung vom 16. Mai 2008, mit der die europäische Patentanmeldung Nr. 06123022.3 zurückgewiesen wurde. Gleichzeitig legte er für einen anderen zugelassenen Vertreter der Kanzlei Beschwerde gegen diese Entscheidung ein, stellte eine Reihe von das Beschwerdeverfahren betreffenden Anträgen und begründete die Beschwerde. Des Weiteren entrichtete er die Beschwerde- und die Wiedereinsetzungsgebühr. Mit Schreiben vom 13. November 2008, das an diesem Tag beim EPA einging, wurde der Wiedereinsetzungsantrag durch den anderen Vertreter aus der Kanzlei ausführlich begründet; dieser Vertreter (im Folgenden: "der Vertreter") führte auch alle weiteren Verfahrensschritte durch.

II. Begründung des Wiedereinsetzungsantrags

a) Praxis der Fristnotierung

Sämtliche Post, die in der den Anmelder vertretenden Kanzlei eingehe, werde von der "Fristenführerin" auf darin enthaltene Fristen durchgesehen, welche dann einschließlich entsprechender intern festgelegter Vorfristen in den zentralen Fristenkalender der Kanzlei (Buchform) per Hand eingetragen würden. Die Tatsache der Eintragung von Vorfristen und Hauptfristen werde *anschließend* auf dem entsprechenden Eingangsschriftstück

mit den entsprechenden Daten notiert und die Tatsache der Notierung im Fristenkalender durch die Fristenführerin mit der Angabe "not/z." bestätigt. Es bestehe seit Jahrzehnten die Anweisung, dass erst *nach* der Notierung der entsprechenden Frist im Fristenkalender auf dem Blatt der Papierakte der Vermerk über die *erfolgte* Fristennotierung im Fristenkalender angebracht werden dürfe, was auch seit Jahrzehnten so praktiziert werde. Die Fristenführerin erstelle aus dem Fristenkalender für den jeweiligen Arbeitstag - meist am frühen vorhergehenden Nachmittag - den Fristenzettel, indem sie alle für den nachfolgenden Arbeitstag im Fristenkalender aufgelisteten Vor- und Endfristen per Hand auf einen Fristenzettel, der das entsprechende Datum trage, übertrage. Dabei werde die entsprechende Seite aus dem Fristenkalender teilweise kopiert, teilweise abgeschrieben, je nachdem, wie viele auf der entsprechenden Seite des Fristenkalenders notierte Fristen bis zu dem entsprechenden Tag bereits abgearbeitet und daher im Fristenkalender bereits gestrichen seien.

Dieser für jeden Tag erstellte Fristenzettel liege an einer zentralen Stelle (Postausgangsstelle) der Kanzlei aus und werde täglich abgearbeitet. Jede erledigte Frist werde von dem/der entsprechenden/r Sachbearbeiter/in auf dem Fristenzettel gestrichen und abgezeichnet bzw. es werde der Grund und gegebenenfalls eine weiter vorzutragende Frist bei Nichterledigung darauf vermerkt.

Vom bearbeitenden Anwalt werde jede Notierungsbestätigung auf dem entsprechenden Schriftstück in der Handakte daraufhin kontrolliert, ob die dort vermerkten Fristen korrekt seien, nicht jedoch

jede entsprechende Notierung im Fristenkalender, die von der Fristenführerin durch den Notierungsvermerk bestätigt werde.

b) Ablauf der Ereignisse

Die Entscheidung über die Zurückweisung der Anmeldung vom 16. Mai 2008 sei in der Kanzlei am 21. Mai 2008 eingegangen. Die Entscheidung sei darauf gestützt gewesen, dass durch die vorangegangene Bescheids-erwiderung die erhobenen Einwände hinsichtlich mangelnder Neuheit und vor allem mangelnder Einheitlichkeit nach Ansicht der Prüfungsabteilung nicht behoben worden seien.

Wie auf dem Deckblatt der Entscheidung von der Fristen führenden Angestellten, Frau J., notiert, hätten sowohl die Frist zum Einlegen der Beschwerde (26. Juli 2008) als auch hierzu zwei Vorfristen am 16. Juni 2008 sowie 16. Juli 2008 im Fristenkalender notiert sein sollen, ebenso wie die Frist zum Begründen der Beschwerde (26. September 2008) mit dazugehöriger Vorfrist (16. September 2008). Die auf dem Deckblatt notierten Vor- und Endfristen seien korrekt gewesen und hätten keinen Anlass zu Zweifeln gegeben. Bei Auftauchen der Vorfrist am 16. Juli 2008 sei der Bericht an den Anmelder um einen Tag versetzt erledigt worden, so dass ihm der Zurückweisungsbeschluss am 17. Juli 2008 berichtet und zusammen mit einer fertig ausgearbeiteten Beschwerdebegründung an ihn versandt worden sei. Da in der Kanzlei die Bedeutung dieser Anmeldung für den Anmelder bekannt gewesen sei, sei klar gewesen, dass dieser gegen diesen Beschluss Beschwerde einzulegen wüsste. Deshalb sei das Berichtsschreiben so abgefasst

gewesen, dass bei Ausbleiben von gegenteiligen Weisungen Beschwerde eingelegt werde. Bis zum Ende der Beschwerdefrist, dem 26. Juli 2008, sei keine gegenteilige Äußerung des Anmelders erfolgt, weshalb Beschwerde eingelegt werden sollte. Dies sei jedoch unterblieben, da am 26. Juli 2008 diese Beschwerdefrist nicht auf dem Fristenzettel für den entsprechenden Tag, welcher am jeweiligen Vortag an Hand des Fristenkalenders erstellt und am entsprechenden Folgetag abgearbeitet werde, vermerkt gewesen sei. Der Grund hierfür sei gewesen, dass diese Beschwerdefrist nicht im Fristenkalender vermerkt gewesen sei, was jedoch laut Wiedergabe der angeblich notierten Fristen auf dem Deckblatt der Entscheidung in der Papierakte hätte der Fall sein müssen, und somit als Folgefehler auch nicht auf den Fristenzettel übertragen worden sei. Dadurch sei die Frist zum Einlegen der Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss, die am 26. Juli 2008 abgelaufen sei, versehentlich nicht eingehalten worden.

Bemerkt worden sei der Fehler erst, als bei Auftauchen der Vorfrist für die Begründung der Beschwerde (16. September 2008) die Akte dem bearbeitenden Anwalt vorgelegt worden sei, und dieser am Nachmittag bei Überprüfung festgestellt habe, dass keine Beschwerde eingelegt worden sei.

Es habe im Nachhinein nicht mehr geklärt werden können, warum entsprechend der Notierungsbestätigung auf dem Deckblatt der Zurückweisungsentscheidung in der Papierakte zwar alle anderen dort von Frau J. als notiert bestätigten Vor- und Endfristen korrekt im Fristenkalender notiert gewesen seien, nicht jedoch die Frist für die Beschwerde. Frau J. sei sich sicher, dass

sie - entsprechend ihrer täglichen Praxis - die Notierungsbestätigung in der Papierakte erst *nach* dem Notieren im Fristenkalender angefertigt habe, so dass der naheliegende Schluss darin bestehe, dass Frau J. zwar die Beschwerdefrist des 26. Juli 2008 im Fristenkalender notiert habe, aber möglicherweise nicht unter dem korrekten Datum, sondern an anderer Stelle im Kalender.

c) Person der Fristenführerin

Frau J. sei reguläre Fristenführerin der den Anmelder vertretenden Kanzlei. Sie werde hinsichtlich der Fristenführung nur bei Abwesenheit, also im Krankheitsfall oder zu Urlaubszeiten, von entsprechend ausgebildeten Angestellten vertreten. Sowohl an dem Tag, an dem die entsprechenden Fristen im Fristenkalender zu notieren gewesen seien (gemäß Eingangsstempel auf der Zurückweisungsentscheidung der 21. Mai 2008) als auch am Vortag und am Tag des Endes der Beschwerdefrist (26. Juli 2008) sei Frau J. nicht vertreten worden. Sie sei somit an diesen Tagen für die Fristennotierung sowie die Ausstellung des Fristenzettels verantwortlich gewesen. Frau J. sei seit 1972 bei der Kanzlei, zunächst als Sekretärin und Sachbearbeiterin, beschäftigt. Frau J. führe den zentralen Fristenkalender der Kanzlei und erstelle den täglichen Fristenzettel seit 1997 vertretungsweise und seit 1998 ständig, bis auf Urlaubs- und Krankheitstage. In ihrer gesamten Tätigkeitszeit als Fristenführerin sei gegenüber dem EPA keine einzige Wiedereinsetzung notwendig geworden, die auf ein Versehen von Frau J. zurückzuführen gewesen wäre. Frau J. sei für die Tätigkeit als Fristenführerin eingehend eingearbeitet worden und unterliege weiterhin einer



ständigen stichprobenartigen Aufsicht durch die Anwälte der Kanzlei.

d) Vorgelegte Beweismittel

Der Begründung des Wiedereinsetzungsantrags lagen u.a. eine eidesstattliche Versicherung der Fristenführerin vom 13. November 2008, das Deckblatt der Entscheidung vom 16. Mai 2008, der den 26. Juli 2008 (zusammen mit dem 27. und 28. Juli) betreffende Fristenzettel vom 28. Juli 2008 sowie Auszüge aus dem Fristenkalender für den 26. Juli 2008 (zusammen mit dem 27. Juli) und für die vier weiteren vorgenannten Tage (16. Juni, 16. Juli, 16. und 26. September 2008; zusätzlich für den 2. Juli 2008 wegen Vorschreibung der ersten Vorfrist vom 16. Juni 2008) bei.

- III. Zur Frage, ob der Sachvortrag die Schlussfolgerung rechtfertigt, dass der Anmelder trotz Beachtung aller nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt an der Einhaltung der Beschwerdefrist gehindert war, vertrat die Kammer in ihrer Mitteilung gemäß Regel 100 (2) EPÜ vom 22. Dezember 2009 die vorläufige Auffassung, dass zwar die versehentliche Nichteintragung der fraglichen Frist in den Fristenkalender durch eine ansonsten zuverlässig arbeitende Mitarbeiterin einen einmaligen (entschuldbaren) Fehler darstellen könnte. Voraussetzung hierfür wäre jedoch der Nachweis eines ansonsten gut funktionierenden Fristüberwachungssystems im Sinne der Rechtsprechung der Beschwerdekammern in der den Anmelder vertretenden Kanzlei. Dabei scheine in der Kanzlei vor Ablauf der Beschwerdefrist ein von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person unabhängiger Kontrollmechanismus erforderlich gewesen zu sein, der

jedoch in der Kanzlei fehle. Die Kammer werde dem Wiedereinsetzungsantrag daher voraussichtlich nicht stattgegeben können.

Unabhängig von der Frage des Vorliegens einer *doppelten* Kontrolle von Fristen wies die Kammer u.a. auf einige klärungsbedürftige Gesichtspunkte im Hinblick auf die Effektivität der in der Kanzlei erfolgenden *einfachen* Kontrolle von Fristen hin.

- IV. In der Antwort vom 3. Mai 2010 beantragte der Vertreter des Anmelders eine mündliche Verhandlung über den Wiedereinsetzungsantrag, falls diesem im schriftlichen Verfahren nicht stattgegeben werden sollte.

In der Sache wandte sich der Vertreter gegen die Auffassung der Kammer, dass dem Gebot der "Beachtung aller nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt" im vorliegenden Fall, nämlich der versehentlich nicht erfolgten Fristnotierung im Fristenkalender nur dann Genüge getan sei, wenn ein Kontrollmechanismus vorhanden sei, der von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person unabhängig sei (vom Vertreter "Crosscheck" genannt). Nach seiner Auffassung verlangt die Rechtsprechung der Beschwerdekammern keinen "Crosscheck", sondern lediglich "ein in der Regel effizientes System" zur Überwachung der Fristen. Die Tatsache, dass ein System über Jahre hinweg effizient funktioniert habe, sei von den Kammern als Beweis dafür angesehen worden, dass es normalerweise zuverlässig sei. Diese Voraussetzung sei bei dem in der Kanzlei vorhandenen System mit zwei Sicherheitsstufen (d.h. erstens einer gut ausgebildeten und über Jahre stichprobenartig immer wieder kontrollierten Fachkraft als Fristenführerin

sowie zweitens einer über Jahrzehnte konsequent gepflegten Praxis der Bestätigung der Fristnotierung auf dem betreffenden Schriftstück in der Handakte erst *nach* Fristnotierung im Fristenkalender) erfüllt. Als dritte Sicherheitsstufe eine zweite Fristenführerin einzusetzen, die direkt bei der Fristennotierung die Arbeit der ersten Fristenführerin überwache, würde den Aufwand für die Fristenführung verdoppeln.

Zur Abgrenzung große/kleine Kanzleien führte der Vertreter aus: In der Entscheidung T 428/98 (ABl. EPA 2001, 494) und ebenso in der von der Kammer angegebenen EPA-Rechtsprechung unter Teil VI.E.6.2.2 c) der Publikation "Rechtsprechung der Beschwerdekammern des EPA", 5. Auflage Dezember 2006 (nachfolgend: "Rechtsprechung") werde gefordert, dass ein "Crosscheck" bei großen Kanzleien oder Unternehmen eingebaut sein sollte (zweiter Absatz in c)), da dort eine entsprechend große Anzahl von Fristen anfalle. Zum einen falle auf, dass in der Rechtsprechung dies nur als Soll-Formulierung und nicht als Muss-Formulierung enthalten sei. Zum anderen sei die Unterscheidung zwischen kleinen und großen Kanzleien bei der Sorgfaltspflicht nicht nachvollziehbar: Jedermann sei klar, dass die Verlässlichkeit des menschlichen Gedächtnisses vermutlich bereits bei drei oder vier Fristen pro Tag, was über das Jahr gesehen über 1000 Fristen insgesamt ergebe, ihre Grenze erreiche. Dies bedeute, dass auch ein Einzelanwalt, also die kleinste Form einer Kanzlei, sich nicht mehr auf sein Gedächtnis oder das seiner einzigen Sekretärin/ Patentanwaltsfachangestellten verlassen könne, sondern ebenso wie eine große Kanzlei ein funktionierendes, schriftliches Fristenführungssystem benötige. Dementsprechend sei es

völlig willkürlich, hier bei großen Kanzleien eine höhere Sorgfaltshürde zu fordern, als bei einer kleinen Kanzlei, etwa einer Einmannkanzlei, da in beiden Fällen die Konsequenzen bei Verlust eines Schutzrechtes die gleichen seien. Wenn also für eine "kleine" Kanzlei ein "Crosscheck" als nicht notwendig erachtet werde, so müsse dies auch für größere Kanzleien gelten. Offensichtlich sei genau dies der Grund, warum in der Rechtsprechung auch bei großen Kanzleien der "Crosscheck" nur als Soll-Formulierung wiedergegeben sei.

Im Übrigen werde vom deutschen Bundesgerichtshof (BGH) eine redundante Fristennotierung nicht gefordert. Aus der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) folge, dass Einschränkungen wie das Gebot der Einhaltung von Fristen den Rechtsuchenden nicht unverhältnismäßig belasten dürften. Abschließend beantwortete der Vertreter die in der Mitteilung unabhängig von dem Vorliegen einer Doppelkontrolle von Fristen aufgeworfenen Fragen. Er führte insbesondere aus, dass eine Wiedereinsetzung wegen nicht erfolgter Fristnotierung durch Frau J. in der Vergangenheit auch gegenüber anderen Behörden als dem EPA nicht beantragt worden sei. Des Weiteren legte er vier Fristenzettel betreffend den 16. und 26. Juli sowie den 16. und 26. September 2008 vor.

- V. Am 14. Juni 2010 lud die Kammer zur mündlichen Verhandlung. In der beigefügten Mitteilung erläuterte sie ihre vorläufige Auffassung weiter, wonach in der den Anmelder vertretenden Kanzlei ein von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person unabhängiger Kontrollmechanismus erforderlich sei. In seiner Antwort vom 21. September 2010 trat der Vertreter dem erneut

entgegen und beantragte insbesondere auch eine Überprüfung durch die Große Beschwerdekammer.

Als Fazit hielt er fest, nach der Rechtsprechung der Beschwerdekammern komme es jeweils auf die Umstände des Einzelfalles an. Im vorliegenden Fall seien dies die folgenden:

- Der Beschwerdeschriftsatz sei lange vor Fristablauf fertig gestellt und im Entwurf dem Anmelder zugestellt worden, zusammen mit der Aussage, man werde diesen Entwurf fristgerecht einreichen, sofern keine gegenteiligen Weisungen bis zum Fristablauf von seiner Seite eingingen. Nur deshalb sei das Absenden bis zum Fristablauf zurückgestellt worden. Sämtliche Vorarbeiten seien vom Vertreter weit vor Fristablauf rechtzeitig durchgeführt worden.

- Das vorhandene System der Fristennotierung und Fristenüberwachung von EPA-Fristen habe nicht nur über Jahre, sondern über viele Jahrzehnte fehlerlos funktioniert und werde seit über 10 Jahren von der gleichen Person gehandhabt. Für die Kanzlei habe es bis zu diesem Vorkommnis keinerlei Anlass gegeben, über mögliche Fehlerquellen in diesem System nachzudenken.

- Auch die Kenntnis der "Rechtsprechung", dort Teil VI.E.6.2.2 (der 5. Auflage), habe hierzu nicht zwingend Anlass gegeben, da dort unter der Entscheidung T 428/98 die Einführung eines sogenannten Crosscheck als Vorschlag zu finden sei, nicht als zwingende Maßnahme.

- Die Fristenführung der in Rede stehenden Kanzlei werde seit vielen Jahren von ein und derselben Person als

abgeschlossene, separate Ein-Personen-Abteilung geführt. Die Fristenführerin sei *ausschließlich* für Fristenführung und Fristenstreichung zuständig, daneben für keinerlei andere Aufgaben. Insofern sei die Fristenabteilung als "kleine Abteilung" im Sinne der Rechtsprechung einzuordnen.

- Die Forderung der Rechtsprechung, für einzelne Schritte des Ablaufs für Fristenerledigungen, nämlich die ersten Schritte der Fristnotierung, deutlich höhere Anforderungen an die Sorgfaltspflicht zu stellen als an die übrigen Arbeitsschritte, gehe an der Realität der Fristerledigung vorbei, da vor allem die Entscheidung T 836/09 klar zeige, dass auch die nachgelagerten Arbeitsschritte ebenso anfällig dafür seien, durch ein einziges Versehen des damit befassten Mitarbeiters zu einem eben solchen Rechtsverlust zu führen.

- In der Entscheidung T 869/90 werde ein "Crosscheck" nicht zwingend gefordert und die Wiedereinsetzung zugestanden, *obwohl* dort der Fehler dem Vertreter selbst unterlaufen sei und nicht dem Hilfspersonal, und trotz der Tatsache, dass die Sorgfaltsanforderungen an den Vertreter selbst von der Rechtsprechung höher gesetzt würden als an das Hilfspersonal.

## VI. Mündliche Verhandlung

In der mündlichen Verhandlung am 21. Oktober 2010 ergänzte bzw. bekräftigte der Vertreter seinen Sachvortrag wie folgt:

1. Das System der Fristenführung in der Kanzlei des Vertreters habe lange Jahre funktioniert. Es habe keinen

Anlass gegeben, Verbesserungen durchzuführen. Es sei alles getan worden, damit die Fristenführerin, Frau J., ihre Aufgaben gut erfüllen könne. Die Fristenführung sei ihre *einzige* Aufgabe. Ihr Büro liege weit entfernt von den übrigen Büros der Kanzlei, die Akten würden in der Regel vor ihrem Zimmer abgelegt. Damit könne sie in Ruhe arbeiten. Eine bessere Fristenführerin als Frau J. könne sich der Vertreter nicht vorstellen.

2. Die Rechtsprechung fordere einen unabhängigen "Crosscheck"; siehe den Text unter Punkt VI.E.7.3.3 des Buches "Rechtsprechung" in der 6. Auflage, der mit dem der korrespondierenden Fassung der 5. Auflage (dort VI.E.6.2.2) - soweit vorliegend relevant - inhaltlich identisch sei. Es sei jedoch der Eindruck entstanden, diese Doppelkontrolle sei nicht zwingend, und im Übrigen sei auch nicht klar, was sie beinhalten solle.

Die Kanzlei des Vertreters falle vielleicht unter die Überschrift "Große(s) Kanzlei/Unternehmen" des Unterpunktes 7.3.3c) im Buch "Rechtsprechung". Auf dieses Buch, eine Publikation des EPA, müsse man sich verlassen können. Das gelte insbesondere für Formulierungen, die nicht den Eindruck erweckten, es handele sich um Muss-Bestimmungen; zur Thematik der Doppelkontrolle enthalte das Buch in diesem Unterpunkt aber "Sollte"-, "Müsste"- und "Könnte"-Formulierungen. Vorhanden sei dort auch der Begriff "effizient" im Zusammenhang mit dem geforderten "in der Regel effizienten" System der Fristüberwachung (siehe 7.3.3a), 1. Absatz, S. 585 unten). Dieser Begriff sei absichtlich verwendet worden; denn man könne jede Sicherheitsstufe weiter vorantreiben, aber der entsprechende Aufwand wäre mit dem Grundsatz der Effizienz nicht vereinbar. Die

Zitate, welche die Kammer in den Mitteilungen verwendet habe, läsen sich anders als das "Rechtsprechungs"-Buch, nämlich im Sinne einer zwingenden unabhängigen Doppelkontrolle. Sei die Wiedergabe einer Entscheidung im Buch "Rechtsprechung" klar, so müsse man sie nicht nachlesen.

Uneinheitlich seien auch die Entscheidungen zur Doppelkontrolle, insoweit es um die Frage gehe, wie das zweite System im Rahmen der Doppelkontrolle ausgestaltet sein könne; eine Entscheidung wecke z.B. Zweifel daran, dass das zweite System ein elektronisches System sein könnte. Wenn man den relevanten Leitsatz von T 428/98 lese, sei dort von Redundanz eines zweiten Kontrollsystems nicht die Rede. Lese man die Entscheidung vollständig durch, bekomme man hingegen den Eindruck, ein zweites redundantes System sei erforderlich.

3. Im Übrigen bestehe in der Kanzlei ein zweiter, ja sogar dritter Kontrollmechanismus: Der Vermerk "auf der Akte" sei ein Bestätigungsvermerk, dass die Eintragung der Vorfristen und der Hauptfrist (Tag des Fristablaufs) von Frau J. im Fristenkalender vorgenommen worden sei. Die Anwaltssekretärin überprüfe, ob ein solcher Bestätigungsvermerk eingetragen worden sei. Anschließend kontrolliere der Vertreter die Fristberechnung. Der Vertreter sehe jedoch nicht nach, ob die Eintragung im Fristenkalender tatsächlich erfolgt sei.

4. Die Anforderungen der Fristenüberwachung dürften nicht überspannt werden. Aus der Rechtsprechung des deutschen BGH und des BVerfG folge, dass eine Doppelkontrolle nicht erforderlich sei, sondern eine



einfache Kontrolle ausreiche. Auf Nachfrage stimmte der Vertreter zu, dass insbesondere die Entscheidung des BGH vom 29.6.2000 (Aktenzeichen VII ZB 5/00; abrufbar über die Website des BGH [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de), abgedruckt auch in: Neue Juristische Wochenschrift 2000, 3006) relevant sei. Dort heißt es unter Nr. II 2 a):

Der Beklagten kann nicht angelastet werden, dass im Büro ihrer Prozeßbevollmächtigten nicht zwei Fristenkalender geführt wurden. Es ist ausreichend, zur Beachtung der Fristen einen Fristenkalender zu führen. Der Fristenkalender wurde hier auch ordnungsgemäß geführt. Die Wahrung der Fristen ist dadurch doppelt abgesichert, daß Vorfristen und Ablauffristen eingetragen werden und die allein zuständige Sekretärin B. angewiesen ist, diese Fristen nur zu streichen, wenn sie sich persönlich überzeugt hat, daß der fristgebundene Vorgang erledigt ist.

Der Leitsatz lautet:

Einer Partei kann nicht angelastet werden, daß im Büro ihres Prozeßbevollmächtigten nicht eine doppelte Fristenkontrolle stattfindet.

4. Wenn das EPA bei der Pflicht zur Doppelkontrolle bleibe, dann müsse eine solche im gesamten Arbeitsablauf vorhanden sein. Das sei aber eine Forderung, die wirtschaftlich nicht realisierbar sei. Mit einer solchen Forderung werde das Wiedereinsatz-System bei der Fristüberwachung ausgehebelt.

Derzeit werde in der Kanzlei des Vertreters eine Vollzeitkraft für die Fristüberwachung eingesetzt. Der Zeitaufwand für eine Doppelkontrolle würde, wenn man die Zeiträume, die jede Sekretärin für den jeweiligen Vertreter benötigen würde, zusammenzählen würde, der Arbeitszeit einer zweiten Vollzeitkraft gleichkommen. Denn die Zweitkontrolle würde sämtliche Arbeitsschritte umfassen müssen, also insbesondere die Kontrolle nicht nur der Hauptfrist, sondern auch der Vorfristen, sowie

der Austragung der Hauptfrist nach deren Erledigung. Des Weiteren müssten auch die nachgelagerten Schritte doppelt kontrolliert werden, also vom Eintüten bis zur Ablieferung eines Schriftsatzes beim EPA. Die bloße Überprüfung der Hauptfrist (Tag des Fristablaufs) wäre nutzlos, da am Tag des Fristablaufs beispielsweise erforderliche Kontaktaufnahmen mit Korrespondenzanwälten im Ausland nicht mehr erfolgen könnten.

5. Ein zweiter Kalender, der von der Sekretärin des jeweiligen Vertreters geführt werde, sei machbar und in vielen Kanzleien üblich. Die Sekretärin des Vertreters im vorliegenden Fall verfüge ebenfalls über einen (elektronischen) Kalender. Es erfolge aber keine vollständige Übertragung der Fristen; vielmehr würden vor allem Fristen übertragen, auf welche die Sekretärin besonders achten solle. Die Abarbeitung aller Fristen geschehe aufgrund des offiziellen Kalenders. Die Fristen im vorliegenden Fall seien im Kalender der Sekretärin nicht eingetragen worden, da es sich um einen Standardvorgang gehandelt habe.

6. Eine Differenzierung zwischen den Bereichen Fristüberwachung und nachgelagerten Tätigkeiten (z.B. Eintüten) sei nicht gerechtfertigt. Im Falle des Postausgangs etwa bestätige die Sekretärin, das sie diesen durchgeführt habe. Hier bestehe dasselbe Fehlerpotential. Dass das Risiko in beiden Bereichen gleich sei, zeige auch ein anderes Beispiel aus der Praxis, nämlich die Fax-Versendung an den unrichtigen Empfänger durch Wählen der unzutreffenden Fax-Nummer.

7. Der Vertreter übergab einen Antrag auf Befassung der Großen Beschwerdekammer. Dieser hat folgenden Wortlaut:

"Es wird beantragt, der Grossen Beschwerdekammer im Zusammenhang mit der nachzuweisenden Sorgfalt bei der Fristnotierung/Fristführung für die Gewährung eines Wiedereinsetzungsantrags folgende Fragen vorzulegen:

1. Stellt es eine unangemessene Ungleichbehandlung dar, von einer großen Kanzlei/Abteilung eine[e] unabhängige Doppelkontrolle zu fordern und bei einer kleinen Kanzlei/Abteilung unter Verweis auf die enge persönliche Zusammenarbeit der beteiligten Personen darauf zu verzichten?

2. Ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bei der Forderung einer unabhängigen Doppelkontrolle, obwohl andere Rechtssysteme dies ausdrücklich nicht fordern und auch Fehler in anderen Bereichen als der Fristnotierung zu Rechtsverlust führen können?

3. Ist eine unabhängige Doppelkontrolle - zumindest für große Kanzleien/Abteilungen - eine zwingende Voraussetzung oder lediglich ein[e] Empfehlung für den Nachweis ausreichender Sorgfalt?"

Die Notwendigkeit der Vorlage ergebe sich, da zwischen den Kammern unterschiedliche Rechtsauffassungen bestünden, insbesondere im Hinblick auf die Entscheidung im Fall T 869/90. Dort sei für die Kontrolle der Hauptfrist gar kein Überwachungsmechanismus vorhanden gewesen, der Vertreter sei hierfür alleine verantwortlich gewesen. Dennoch sei Wiedereinsetzung gewährt worden. Die Heranziehung auch des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die Bejahung der Sorgfalt sei von untergeordneter Bedeutung gewesen.

8. Am Ende der mündlichen Verhandlung beantragte der Vertreter des Anmelders die Wiedereinsetzung in den Stand zum Einlegen der Beschwerde und zur Zahlung der Beschwerdegebühr, hilfsweise die Vorlage der übergebenen Fragen an die Große Beschwerdekammer.

Nach Beratung der Kammer teilte der Vorsitzende mit, dass eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren ergehen werde.

## **Entscheidungsgründe**

1. Die anwendbare Fassung der Wiedereinsetzungsvorschriften des EPÜ

Gemäß Artikel 1 Nr. 5 des Beschlusses des Verwaltungsrats vom 28. Juni 2001 über die Übergangsbestimmungen nach Artikel 7 der EPÜ-Revisionsakte (siehe Sonderausgabe Nr. 1/2007 ABl. EPA, S. 197 f.), ist Artikel 122 EPÜ 2000 (mit der Überschrift "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ") auf die bei seinem Inkrafttreten anhängigen europäischen Patentanmeldungen anzuwenden, soweit die Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist.

Im vorliegenden Fall wurde die angefochtene Entscheidung am 16. Mai 2008 zur Post gegeben, d.h. nach Inkrafttreten von Artikel 122 EPÜ 2000 am 13. Dezember 2007. Daher hätte die Frist für die Stellung eines Antrags auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Einlegung einer Beschwerde in Bezug auf diese Entscheidung am 13. Dezember 2007 nicht zu laufen beginnen oder gar ablaufen können. Folglich ist die Voraussetzung von Artikel 1 Nr. 5 der obengenannten Entscheidung erfüllt, so dass Artikel 122 EPÜ 2000 in Verbindung mit Regel 136 EPÜ 2000, die die Überschrift "Wiedereinsetzung" trägt, im vorliegenden Fall Anwendung findet (die Anwendbarkeit dieser Regel folgt aus Artikel 2 des Beschlusses des

Verwaltungsrats vom 7. Dezember 2006 zur Änderung der Ausführungsordnung zum Europäischen Patentübereinkommen 2000, Sonderausgabe Nr. 1/2007 ABl. EPA, Seite 89 f.). Im Folgenden werden Bestimmungen des EPÜ 2000 ganz allgemein ohne den Zusatz "2000" zitiert.

Gemäß Artikel 122 (1) EPÜ wird der Anmelder, der trotz Beachtung aller nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt verhindert worden ist, gegenüber dem EPA eine Frist einzuhalten, auf Antrag wieder in den vorigen Stand eingesetzt, wenn die Versäumung dieser Frist zur unmittelbaren Folge hat, dass der Verlust eines Rechts oder eines Rechtsmittels eintritt.

## 2. Verlust eines Rechts oder Rechtsmittels

Wie oben ausgeführt, wurde die angefochtene Entscheidung am 16. Mai 2008 zur Post gegeben. Gemäß Artikel 108 Satz 1 EPÜ ist die Beschwerde innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung der Entscheidung beim EPA einzulegen; gemäß Satz 2 dieser Vorschrift gilt sie erst als eingelegt, wenn die Beschwerdegebühr entrichtet worden ist. Im vorliegenden Fall endete diese Frist am 26. Juli 2008 (siehe Regel 126 (2) und Regel 131 (1), (2) und (4) EPÜ). Da die Beschwerde am 26. September 2008 eingelegt und die Beschwerdegebühr an demselben Tag entrichtet wurden, wurde diese Frist versäumt. Das hat zur Folge, dass die Beschwerde gemäß Artikel 108 Satz 2 EPÜ als nicht eingelegt gilt (siehe T 1026/06, Nr. 6, und die Nachweise dort), sofern nicht dem Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Einlegung der Beschwerde und zur Entrichtung der Beschwerdegebühr stattgegeben wird. Die Fristen für die Einlegung der Beschwerde und die Entrichtung der Beschwerdegebühr sind

nicht gemäß Artikel 122 (4) EPÜ von der Wiedereinsetzung ausgeschlossen, da sie von der Weiterbehandlung ausgenommen sind (siehe Artikel 121 (4) EPÜ, der auf Artikel 108 verweist).

Die Vorschriften des EPÜ 2000, die oben unter dem vorliegenden Punkt 2 genannt sind, finden Anwendung gemäß Artikel 1 Nr. 1 des bereits zitierten Beschlusses des Verwaltungsrats vom 28. Juni 2001 (ebenda, Seite 197) und in Einklang mit J 3/06, Nr. 3 (ABl. EPA 2009, 170).

3. Verhinderung der Einhaltung einer Frist gegenüber dem EPA

Gemäß Artikel 122 (1) EPÜ ist Voraussetzung für die Wiedereinsetzung, dass der Anmelder verhindert worden ist, gegenüber dem EPA eine Frist einzuhalten. In T 413/91 (unter Nr. 4) stellte die Kammer fest, dass unter dem Begriff "verhindert" eine objektive Tatsache oder ein objektives Hindernis zu verstehen sei, das der Vornahme der erforderlichen Handlung entgegenstehe, so etwa die versehentliche Eingabe eines falschen Datums in ein Überwachungssystem. Im vorliegenden Fall wurde die Frist für die Einlegung der Beschwerde, nämlich der 26. Juli 2008, von der Fristenführerin nicht unter diesem Datum in den Fristenkalender eingetragen und dementsprechend auch nicht auf den Fristenzettel für den entsprechenden Tag übertragen. Diese fehlenden Eintragungen stellen ein objektives Hindernis für die rechtzeitige Einlegung der Beschwerde dar. Der Anmelder war daher an der Einhaltung der Beschwerdefrist gegenüber dem EPA verhindert.

4. Zulässigkeit des Antrags auf Wiedereinsetzung

Gemäß Regel 136 (1) Satz 1 EPÜ ist der Antrag auf Wiedereinsetzung innerhalb von zwei Monaten nach Wegfall des Hindernisses, spätestens jedoch innerhalb eines Jahres nach Ablauf der versäumten Frist schriftlich zu stellen. Nach den glaubhaften Ausführungen des Vertreters des Anmelders, die durch die eidesstattliche Versicherung von Frau J. gestützt werden, wurde der Fehler bemerkt, als bei Auftauchen der Vorfrist für die Begründung der Beschwerde, dem 16. September 2008, ihm die Akte an diesem Tag vorgelegt wurde und er am Nachmittag bei Überprüfung feststellte, dass keine Beschwerde eingelegt worden war. Damit lief die Zweimonatsfrist am 16. November 2008 ab. Diese Frist ist gewahrt, da der Anmelder durch seine Vertreter am 26. September 2008 Wiedereinsetzung beantragt und gleichzeitig die entsprechende Gebühr entrichtet hat, so dass der Antrag als an diesem Tag gestellt gilt (Regel 136 (1) Satz 3 EPÜ). Der Antrag wurde auch innerhalb eines Jahres nach Ablauf der versäumten Frist des 26. Juli 2008 gestellt.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung erfüllt auch die übrigen Anforderungen von Regel 136 Absätze 1 und 2 EPÜ. Der Antrag wurde innerhalb der am 16. November 2008 abgelaufenen Frist, nämlich am 13. November 2008, begründet, und zur Glaubhaftmachung der zur Begründung dienenden Tatsachen wurden u.a. die oben am Ende von Nr. II bezeichneten Beweismittel vorgelegt. Die versäumten Handlungen, d.h. die Einlegung der Beschwerde und die Entrichtung der Beschwerdegebühr, erfolgten innerhalb der Frist für den Wiedereinsetzungsantrag, nämlich bereits am 26. September 2008 (zusammen mit der

Beschwerdebegründung, für deren Einlegung die Frist an diesem Tag gemäß Artikel 108 Satz 3 EPÜ ablief).

Nach alledem ist der Antrag auf Wiedereinsetzung zulässig.

5. Begründetheit des Antrags auf Wiedereinsetzung

5.1 Einhaltung der gebotenen Sorgfalt durch Anmelder und Vertreter

Der Antrag ist begründet, wenn der Anmelder trotz Beachtung aller gebotenen Sorgfalt verhindert worden ist, die Frist zur Einlegung der Beschwerde einzuhalten. Für das Vorliegen dieser Voraussetzungen trägt er nach den allgemeinen Beweislastregeln die Beweislast. Dem Antrag auf Wiedereinsetzung eines Anmelders mit einem zugelassenen Vertreter, der in seinem Namen handelt, kann nur stattgegeben werden, wenn sowohl der Anmelder selbst als auch der Vertreter das erforderliche Maß an Sorgfalt eingehalten haben (siehe J 1/07, Nr. 4.1), weil einem Beteiligten das Verschulden seines Vertreters zuzurechnen ist. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann folglich im Falle der Vertretung des Anmelders durch einen zugelassenen Vertreter nur dann gewährt werden, wenn auch der Vertreter die in Artikel 122 (1) EPÜ vom Anmelder verlangte Sorgfalt beachtet hat (siehe J 5/80, ABl. EPA 1981, 343, Leitsatz 1).



## 5.2 Einhaltung der gebotenen Sorgfalt durch den Vertreter

### 5.2.1 Allgemeines zur gebotenen Sorgfalt

In der 5. Auflage der deutschen Fassung der Publikation "Rechtsprechung" finden sich unter dieser Überschrift u.a. die nachfolgend wiedergegebenen Passagen (die zahlreichen angegebenen Beschwerdeaktenzeichen wurden teilweise weggelassen). Die Zitate sind Teil VI.E.6.2 der 5. Auflage entnommen, die unter Teil VI.E.7.3. der 6. Auflage von Juli 2010 inhaltlich identisch wiedergegeben sind. Die 5. Auflage ist vom Dezember 2006 und lag mithin deutlich vor Ablauf der versäumten Frist zur Beschwerdeeinlegung am 26. Juli 2008 vor, so dass der Vertreter Gelegenheit hatte, den Inhalt dieser Auflage zur Kenntnis zu nehmen.

In vielen Entscheidungen der Beschwerdekammern wurde zur Frage der Beachtung "aller nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt" Stellung genommen. Bei der Beurteilung dieser Frage sind die Umstände des Einzelfalls in ihrer Gesamtheit zu würdigen ... . Das Sorgfaltsgebot muss anhand der Situation beurteilt werden, wie sie vor Ablauf der Frist bestand. ... Die Rechtsprechung hat für Fälle, in denen die Fristversäumnis auf einem Fehler bei der Ausführung der Absicht des Beteiligten beruht, die Frist einzuhalten, das Kriterium entwickelt, dass die gebotene Sorgfalt als beachtet gilt, wenn die Fristversäumung entweder durch **außerordentliche Umstände** oder durch ein **einmaliges Versehen in einem sonst gut funktionierenden Fristenüberwachungssystem** verursacht worden ist ... .

[Siehe den der Überschrift von Abschnitt VI.E.6.2. der 5.A. folgenden Text; Hervorhebungen wie in der 6.A. unter dem korrespondierenden Abschnitt VI.E.7.3.1.]

### 6.2.2 Einmaliges Versehen in einem zuverlässigen System zur Fristenüberwachung

#### a) Allgemeines

Ein einmaliges Versehen in einem ansonsten gut funktionierenden System ist entschuldbar (siehe z. B.

**T 1024/02, T 165/04, T 221/04**); ein Beschwerdeführer oder sein Vertreter muss glaubhaft machen können, dass zum fraglichen Zeitpunkt in seinem Büro *ein in der Regel effizientes System* zur Überwachung der im EPÜ vorgeschriebenen Fristen bestand (**J 2/86, J 3/86**, Abl. 1987, 362; **J 23/92**). Die Tatsache, dass dieses System über Jahre hinweg effizient funktioniert hat, sahen die Kammern in vielen Entscheidungen als Beweis dafür an, dass es normalerweise zuverlässig ist (vgl. **T 30/90, J 31/90, J 32/90, T 309/88**).

[Hervorhebung in Kursivschrift durch die Kammer]

...

c) Kleine(s) Kanzlei/Unternehmen

...

c) Große(s) Kanzlei/Unternehmen

In **J 9/86** meinte die Kammer, in einer großen Kanzlei, in der immer eine beträchtliche Anzahl von Terminen überwacht werden muss, könne in der Regel erwartet werden, dass zumindest ein wirksamer Kontrollmechanismus im System eingebaut sei ... .

...

#### 5.2.2 Der relevante Inhalt der Veröffentlichung

"Rechtsprechung"

Der Vertreter des Anmelders macht geltend, aus der Veröffentlichung "Rechtsprechung" (in ihrer deutschen Fassung) gehe hervor, das Vorhandensein einer unabhängigen Doppelkontrolle sei keine Muss-Bestimmung. Zur Stützung dieses Vorbringens bezieht er sich auf Unterpunkt VI.E.7.3.3c) der 6. Auflage der "Rechtsprechung", soweit dieser mit der 5. Auflage (siehe Unterpunkt VI.E.6.2.2.c)) identisch ist. Dass keine Muss-Bestimmung vorliege, folge auch aus der Verwendung des Begriffes "effizient" im Zusammenhang mit dem geforderten "in der Regel effizienten" System der Fristüberwachung in Unterpunkt VI.E.7.3.3a) der 6. Auflage, der insoweit mit VI.E.6.2.2.a) der 5. Auflage der "Rechtsprechung" identisch ist. Auf den Inhalt dieser Auszüge aus der "Rechtsprechung" (die im vorstehenden Abschnitt auszugsweise wiedergegeben sind)

dürfe er sich verlassen, ohne die dort zitierten Entscheidungen zu lesen.

Insoweit ist festzustellen, dass es sich bei der Kanzlei des Vertreters angesichts der im Briefkopf allein für den Standort München genannten Zahl der Vertreter, d.h. sieben Patentanwälte und drei Rechtsanwälte, sowie der vom Vertreter genannten jährlich zu bearbeitenden Fristen von 5.000 bis 10.000 (siehe sein Schreiben vom 3. Mai 2010, am Ende von Punkt 3) um eine große Kanzlei im Sinne des vorzitierten Abschnittes der Publikation "Rechtsprechung" handelt. Das Vorliegen einer großen Kanzlei in diesem Sinne hat der Vertreter in der mündlichen Verhandlung auch nicht bestritten (siehe seinen Hinweis oben, unter Punkt VI.2, die Kanzlei des Vertreters falle "vielleicht" unter die Überschrift "Große(s) Kanzlei/Unternehmen").

Entscheidungen der Kammern, die große Kanzleien betreffen, werden in der 5. Auflage des Buches "Rechtsprechung" unter dem besagten Punkt VI.E.6.2.2.c) zusammen mit großen Unternehmen unter einer gemeinsamen Überschrift behandelt ("Große(s) Kanzlei/Unternehmen"). Damit müsste, wer sich ausschließlich auf dieses Buch verlassen wollte, von einer Gleichbehandlung großer Unternehmen und Kanzleien ausgehen. Bei einer Lektüre würde er u.a. feststellen, wie auch vom Vertreter ausgeführt, dass im zweiten Abschnitt von Teil VI.E.6.2.2.c) betreffend die Entscheidung im Fall T 828/94 angegeben ist, dass "ein unabhängiger Kontrollmechanismus eingebaut sein *sollte*" (Hervorhebung durch die Kammer), und könnte dies so auslegen, dass dieser Kontrollmechanismus nicht zwingend eingebaut sein *muss*, sondern fakultativ ist. Des Weiteren heißt es im

vorhergehenden, oben bereits zitierten ersten Absatz dieses Abschnitts:

In **J 9/86** meinte die Kammer, in einer großen Kanzlei, in der immer eine beträchtliche Anzahl von Terminen überwacht werden muss, *könne in der Regel erwartet werden*, dass zumindest ein wirksamer Kontrollmechanismus im System eingebaut sei ... (Hervorhebung durch die Kammer)

Auch aus diesem Auszug, nämlich dem Ausdruck "könne in der Regel erwartet werden", ließe sich folgern, dass eine unabhängige Doppelkontrolle nicht stets erforderlich sei. Allerdings ist bezüglich der Feststellungen einer anderen Kammer im Fall T 686/97 nach der weiter unten in Teil VI.E.6.2.2.c) wiedergegebenen Passage Folgendes zu lesen (siehe Seite 436 oben, erster voller Absatz):

Die Bereitstellung eines "redundanten" oder "absolut sicheren" Systems sei bei Unternehmen wesentlicher Bestandteil eines in der Regel gut funktionierenden Überwachungssystems.

Jedenfalls wird in dieser Passage eindeutig ein unabhängiges, und zwar ein zweites, System der Doppelkontrolle zwingend gefordert. Wenn man dem Vertreter zustimmen und hierin einen Widerspruch zu dem im Buch "Rechtsprechung" wiedergegebenen Text zu T 828/94 und darüber hinaus zu J 9/86 erkennen wollte und des Weiteren mit ihm davon ausgehen würde, er könne sich bei der Feststellung der Rechtslage ausschließlich auf das Buch "Rechtsprechung" verlassen, dann würde sich die Frage stellen, wie der Vertreter bei der von Artikel 122 (1) EPÜ verlangten "Beachtung aller nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt" mit einem derartigen Widerspruch umzugehen hätte.

Nach Auffassung der Kammer muss ein zugelassener Vertreter, wenn er zur Auffassung gelangt,

Entscheidungen der Beschwerdekammer zu derselben Frage stellten unterschiedlich strenge Anforderungen, den sichersten zur Verfügung stehenden Weg beschreiten, d.h. die Entscheidung, welche die strengsten Anforderungen aufstellt, befolgen, jedenfalls dann, wenn es sich bei dieser Entscheidung nicht erkennbar um eine Ausnahme handelt. Nur ein solches Verständnis wird der Formulierung der Vorschrift, die die Beachtung aller nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt verlangt, gerecht. Das hätte im vorliegenden Fall bedeutet, dass sich der Vertreter an T 686/97 hätte halten müssen, wo laut dem Buch "Rechtsprechung" ein "redundantes" oder "absolut sicheres" System für die Doppelkontrolle zwingend gefordert wird.

Daran ändert auch der Hinweis auf das Ausreichen eines "in der Regel effizienten" Systems der Fristüberwachung in Abschnitt VI.E.6.2.2.a) der 5. Auflage nichts. Das folgt bereits daraus, dass dieser Abschnitt mit "Allgemeines" überschrieben ist und der folgende Unterpunkt c) diesen erkennbar für große Kanzleien und Unternehmen konkretisiert und ihm damit vorgeht. Sollte der Vertreter stattdessen annehmen, die beiden Abschnitte stünden gleichberechtigt nebeneinander, so müsste er einen Widerspruch erkennen und sich ebenfalls an die strengeren Anforderungen halten.

Der Vortrag des Vertreters, das Vorhandensein einer unabhängigen Doppelkontrolle sei im Hinblick auf den vorgenannten Teil des Buches "Rechtsprechung" keine Muss-Bestimmung, geht daher ins Leere.

### 5.2.3 Kein alleiniges Vertrauen auf die Publikation "Rechtsprechung"

Abgesehen davon darf sich ein zugelassener Vertreter ohnehin nicht ausschließlich auf das Buch "Rechtsprechung" verlassen. Von einem sorgfältigen zugelassenen Vertreter ist zu erwarten, dass er sich von den für den betreffenden Lebenssachverhalt relevanten Entscheidungen Kenntnis verschafft und sich nicht ausschließlich mittels der Zusammenstellung von Auszügen oder Zusammenfassungen ausgewählter Entscheidungen durch Dritte informiert. Das gilt insbesondere auch für das Buch "Rechtsprechung", in dessen 5. Auflage als Herausgeber (auf der Rückseite der Titelseite) genannt ist: "Europäisches Patentamt Generaldirektion 3 (Beschwerde) Wissenschaftlicher Dienst der Beschwerdekammern". Insoweit ist das Vorwort zu dieser Auflage von Interesse. Sein Verfasser, der Vorsitzende der Großen Beschwerdekammer und Vizepräsident Generaldirektion 3 schreibt dort u.a. Folgendes (Hervorhebungen in Fettdruck durch die Kammer):

Das bewährte Konzept, die Rechtsprechung der Beschwerdekammern systematisch gegliedert durch kurze Zusammenfassungen ausgewählter Entscheidungen zu präsentieren, wurde [in der fünften Auflage] beibehalten. ... Das Buch soll das **Auffinden einschlägiger Entscheidungen erleichtern. Die Lektüre der Entscheidung selbst** kann auch die sorgfältigste Zusammenfassung **nicht ersetzen**. So sind **alle seit 1980 ergangenen Entscheidungen auf der Website des Amts im Internet kostenlos zugänglich** ([www.european-patent-office.org](http://www.european-patent-office.org)). Sie können sowohl über das Aktenzeichen als auch über Suchbegriffe abgerufen werden. Zudem werden die Entscheidungen halbjährlich auf der CD-ROM bzw. DVD ESPACE® LEGAL herausgegeben. ... Mit dem vorliegenden Bericht über die Rechtsprechung der Beschwerdekammern des Europäischen Patentamts steht allen, die mit dem europäischen Patentrecht befasst sind, eine Informationsquelle zur Verfügung. Er sollte in Verbindung mit den jährlich veröffentlichten

Sonderausgaben zum Amtsblatt des EPA "*Rechtsprechung der Beschwerdekammern*" gelesen werden.

Hervorzuheben sind die Zielsetzung des Buches, das Auffinden einschlägiger Entscheidungen zu erleichtern, nicht aber die Lektüre der jeweiligen Entscheidung selbst zu ersetzen, sowie die Tatsache, dass Zugang zu allen seit 1980 ergangenen Entscheidungen über das Internet kostenlos möglich ist.

Das Vorwort steht übrigens auch im Einklang mit T 494/95, wo die Kammer die Berufung des Beschwerdeführers auf Vertrauensschutz wegen einer Fehlleitung durch das Buch "Rechtsprechung" in der Auflage aus dem Jahr 1996, u.a. mit folgender Begründung abgelehnt hatte:

Überdies handelt es sich bei diesem Buch lediglich um Zusammenfassungen von Entscheidungen und **nicht um einen Gesetzestext**. Derartige Zusammenfassungen können die Lektüre der Entscheidungen nicht ersetzen, sondern können lediglich Hinweise auf möglicherweise einschlägige Entscheidungen geben. Es muß von dem Leser erwartet werden, daß er die in diesem Buch genannten Entscheidungen auch im einzelnen durchliest, wenn er seine Argumente auf diese Entscheidungen stützen will. (Hervorhebung durch die Kammer)

Schon aufgrund der obigen, den Lesern ausdrücklich bekanntgegebenen Zielsetzung des Buches "Rechtsprechung" kommt eine Verantwortlichkeit des Amtes nach dem Grundsatz des Vertrauensschutzes (siehe dazu "Rechtsprechung", 6.A., VI.A.1.) für eventuelle unvollständige, irreführende oder fehlerhafte Angaben in dem Buch nicht in Betracht. Denn es wurde mit dem Buch ausdrücklich gerade kein Vertrauenstatbestand dahingehend geschaffen, dass die darin vorhandenen Zusammenfassungen von Entscheidungen der

Beschwerdekammern die Lektüre der betreffenden Entscheidungen selbst ersetzen könne.

Nach alledem sind die den vorliegenden Fall betreffenden, vor Fristablauf vom Amt zugänglich gemachten Entscheidungen der Kammern heranzuziehen. Auf ihrer Basis wird das Vorbringen des Vertreters im nächsten Abschnitt geprüft.

#### 5.2.4 Die Entscheidungspraxis der Beschwerdekammern

##### a) Inhalt der Entscheidungen der Beschwerdekammern

Der Vertreter macht geltend, eine unabhängige Doppelkontrolle sei nach der Rechtsprechung der Kammern nicht zwingend, und im Übrigen sei nicht klar, was eine solche Doppelkontrolle beinhalten solle.

Soweit erkennbar, war erstmals in der bereits zitierten Entscheidung J 9/86 vom 17. März 1987, die in englischer Sprache ergangen ist, von einer wirksamen Doppelkontrolle ("cross-check", wörtlich: "Gegenkontrolle") im System die Rede, die in einer großen Kanzlei, in der immer eine beträchtliche Anzahl von Terminen überwacht werden muss, "in der Regel zu erwarten ist" (siehe unter Nr. 9: "... in a large firm where a large number of dates have to be monitored at any given time, it is normally to be expected that at least one effective cross-check is built into the system.")

Laut (drittem) Leitsatz von T 428/98 vom 23. Februar 2001, zur Post gegeben am 1. März 2001, darf im Allgemeinen die Fristüberwachung nicht einer Person



allein überlassen werden, sondern es ist zumindest ein wirksamer Kontrollmechanismus erforderlich. Damit werde die seitherige Rechtsprechung bestätigt. Jedenfalls aus dem nachfolgend wiedergegebenen Auszug aus der Entscheidung ergibt sich, dass der Kontrollmechanismus **von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person unabhängig sein muss**, auch wenn man die Unabhängigkeit einer Doppelkontrolle dem vorgenannten Leitsatz (abgesehen von dem Klammerzusatz identisch mit dem nachfolgend in Kursivschrift wiedergegebenen Text) nicht entnehmen will. Die Kammer hält es für unumgänglich, dass der Vertreter bei Zweifeln am Inhalt eines Leitsatzes auch die Entscheidungsgründe liest, zumal wenn - wie hier - der relevante Abschnitt der Entscheidung im Leitsatz ausdrücklich angegeben ist. Es sind ohnehin in der Regel die Entscheidungsgründe allein, welche die maßgebliche Begründung einer Entscheidung enthalten. Der Entscheidungsauszug lautet:

Jedoch muß in einem solchen Fall nach ständiger Rechtsprechung auch nachgewiesen werden, daß in der Kanzlei an sich ein **effizient arbeitendes Fristüberwachungssystem** bestand (Rechtsprechungsnachweise in: Rechtsprechung a. a. O.), das nur aus den besonderen Gründen des Einzelfalls versagt hat. *Zu den Sorgfaltsanforderungen an ein Fristüberwachungssystem gehört nach der Rechtsprechung im allgemeinen, daß die Fristüberwachung nicht einer Person allein überlassen wird, sondern zumindest ein wirksamer Kontrollmechanismus im gewählten System der Fristüberwachung eingebaut ist* (Rechtsprechung, VI-E, 9.2.3, siehe z. B. T 828/94 vom 18. Oktober 1996, Entscheidungsgründe 2 ff., m. w. Nachw. aus der Rspr.) [Klammerzusatz im 3. Leitsatz: "(Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung, 3.5)"].

...

Lediglich unter ganz besonderen Umständen in Fällen, in denen das Büro des Vertreters aus einer **kleinen Arbeitseinheit** bestand, in der er im wesentlichen allein für die sachliche Bearbeitung der Akten verantwortlich und der Umfang erforderlicher Fristüberwachung damit entsprechend begrenzt war, sowie auch die

Fristüberwachung durch eine intensive persönliche Zusammenarbeit des Vertreters mit seiner Hilfskraft gekennzeichnet war, haben die Beschwerdekammern die erforderliche Sorgfalt durch den Vertreter als gewahrt angesehen, obwohl ein **genereller, von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person unabhängiger Kontrollmechanismus** nicht vorgesehen war, siehe z. B. **J 31/90** vom 10. Juli 1992, Entscheidungsgründe 4 ff. und **T 166/87** vom 16. Mai 1988, Entscheidungsgründe 2. Der **Ausnahmecharakter** dieser Wertung ist betont worden. (Hervorhebungen durch die Kammer)

Die Kammer räumt allerdings ein, dass - anders als in dem in dieser Passage als Ausnahme zitierten Fall **J 31/90** - die darin ebenfalls zitierte Entscheidung **T 166/87** eine Doppelkontrolle bei einer Patentabteilung mit sieben Vollzeitmitarbeitern als entbehrlich angesehen hat, während die Kammer in derselben Entscheidung, die eine Kanzlei mit sechs hauptberuflich tätigen Personen, die sich mit gewerbliche Schutzrechte betreffenden Verfahren befassten, feststellte: "Eine vergleichbare Sachlage ist im vorliegenden Fall nicht gegeben." (Siehe Nr. 3.5, letzter Absatz.). Dementsprechend wurde an dem grundsätzlichen Erfordernis eines von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person unabhängigen Kontrollmechanismus festgehalten.

Des Weiteren sind eine Reihe von Entscheidungen ergangen, bei denen Wiedereinsetzung bei fehlerhafter bzw. fehlender Fristnotierung gewährt wurde, ohne dass eine unabhängige Doppelkontrolle festgestellt worden wäre, ohne dass die Kammer ausdrücklich auf die Größe der Kanzlei eingegangen wäre und ohne dass sie einen Ausnahmecharakter ihrer Wertung erwähnt hätte; siehe **T 309/88** (vom 28. Februar 1990, Nr. 2.6.), **T 1/99** (vom 23. Dezember 1999; Nr. 11) sowie **T 567/92** (vom 20. April 1993; Nr. 3) und **T 374/95**.

Der Vollständigkeit halber erwähnt sei auch die vom Vertreter hervorgehobene Entscheidung im Fall T 869/90 (vom 15. März 1991). Dort wurde in den letzten 10 Tagen vor Ablauf der Hauptfrist keine Doppelkontrolle durchgeführt, sondern der Vertreter war für die Fristüberwachung alleine verantwortlich. Dennoch wurde sein Fehler von der Kammer entschuldigt. Allerdings hatte die Kammer bei der Prüfung, ob alle nach den gegebenen Umständen gebotene Sorgfalt beachtet worden war, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz "im Sinn". Bei der Prüfung der gebotenen Sorgfalt hatte die Kammer im Sinn, dass bei Vorliegen eines etwaigen Mangels an gebotener Sorgfalt die "Umstände" die Tatsache beinhalteten, dass die Folge eines etwaigen derartigen Mangels an gebotener Sorgfalt die Versäumung der Frist um lediglich einen Tag gewesen sei. Die Kammer hat diesen Ansatz (in anderer Zusammensetzung) bereits in ihrer Entscheidung in der Rechtssache T 1465/07, aus Gründen, die sie dort (unter Nr. 16) ausführlich erläuterte, abgelehnt und hält daran auch in der gegenwärtigen Besetzung fest.

Es kann offen bleiben, ob und inwieweit die letztgenannten Entscheidungen mit T 428/98 unvereinbar sind und ob damit T 428/98 tatsächlich eine "Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung" darstellt, wie am Ende des Leitsatzes 3 gesagt wurde.

Zum Einen wurde nämlich - wie oben dargestellt - vor Ergehen von T 428/98 am 23. Februar 2001 eine unabhängige Doppelkontrolle verlangt in den Entscheidungen J 9/86, T 828/94 und T 686/97 (vom 12. Mai 1998); hinzu kommt T 36/97 (siehe Nr. 16). Dass die Verwendung des Wortes "soll" in der deutschen

Zusammenfassung im Buch "Rechtsprechung" der in englischer Sprache ergangenen Entscheidung im Fall T 828/94 als "muss" zu verstehen ist, ergibt sich aus der englischen Originalfassung und auch aus Ziffer 2 der Entscheidungsgründe.

Zum Anderen hat die Kammer jedenfalls keine Entscheidungen **nach** Übergabe der Entscheidung in der Sache T 428/98 zur Post gefunden, in denen eine unabhängige Doppelkontrolle nicht gefordert worden wäre. Vielmehr wurde sie in den folgenden Entscheidungen verlangt: T 1172/00 (Nr. 3.2.), T 622/01 (Nr. 2.3.), T 1561/05 (Nr. 2.2.1), T 257/07 (Nr. 2.2), J 13/07 (Nr. 5.2.1.3), T 1726/08 (Nr. 13) sowie jüngst in T 529/09 (Nr. 11). Für eine Beachtung aller nach den Umständen erforderlichen Sorgfalt wurde es dabei als notwendig erachtet, dass zwei Personen unabhängig voneinander für die Fristenführung verantwortlich waren (oder, wie in T 257/07, statt einer zweiten Person ein automatisches System Einsatz fand), wobei das Führen eines zweiten Fristenkalenders - soweit ersichtlich - nicht als zwingend erforderlich angesehen wurde.

Ausdrücklich wurde ein "redundantes, ausfallsicheres" ("failsafe") System - wie in der bereits zitierten, älteren Entscheidung im Fall T 686/97 (Nr. 8) - jeweils unter Hinweis auf diese Entscheidung verlangt in T 902/05 (Nr. 6), T 261/07 (Nr. 2.7) und T 1465/07 (Nr. 19). Diese Beschwerden wurden allerdings nicht mangels Vorliegens zweier Kontrollsysteme zurückgewiesen, sondern mangels Unabhängigkeit der Doppelkontrolle. Beanstandet wurde u.a., dass beide Systeme von ein und derselben Person kontrolliert worden seien. Ähnlich verhielt es sich auch in J 9/86 (Nr. 9)

und J 1/07 (Nr. 4.8, unter Hinweis auf J 9/86), ohne dass von einem "redundanten, ausfallsicheren" System ausdrücklich die Rede gewesen wäre. Im Fall T 785/01 (Nr. 4.4.) hingegen wurde ein "redundantes" System mit einer unabhängigen Doppelkontrolle festgestellt und die Wiedereinsetzung gewährt.

Die Kammer geht daher von einer gefestigten Rechtsprechung jedenfalls seit Anfang des laufenden Jahrzehnts dahingehend aus, dass eine Doppelkontrolle (1) erforderlich ist und (2) die beiden Kontrollen voneinander unabhängig sein müssen. Unabhängigkeit kann dadurch gewährleistet sein, dass ein System vorhanden ist, bei dem die Handlungen einer Person von einer zweiten Person überwacht werden oder zwei Systeme unter der Kontrolle von zwei unterschiedlichen Personen bestehen. Dass dabei ein Fristüberwachungssystem (oder ggf. zwei Systeme) auch elektronisch geführt werden kann, begegnet dabei für die Kammer keinen Zweifeln. Soweit eine Doppelkontrolle, die ein (oder zwei) derartige Systeme umfasste, als nicht ausreichend angesehen wurde, lag dies - soweit ersichtlich - nicht an dem elektronischen Charakter des Systems, sondern beispielsweise am Fehlen der Unabhängigkeit der Doppelkontrolle (siehe T 902/05, Nr. 6), der mangelnden Eignung des konkreten Systems (wie in T 1726/08, siehe insbesondere Nr. 19) oder der fehlenden Plausibilitätskontrolle einer von einem Computerprogramm fehlerhaft generierten Frist durch den Vertreter (T 473/07, Nr. 3.4).

Wie ausgeführt, bezieht sich der Vertreter im Zusammenhang mit der Frage der Notwendigkeit einer unabhängigen Doppelkontrolle auch auf den ersten Absatz

von Abschnitt VI.E.6.2.2a) der 5. Auflage des Buches "Rechtsprechung" (der sich in der 6. Auflage unter Abschnitt VI.E.7.3.3a) mit identischen Inhalt wiederfindet), wonach die Rechtsprechung der Beschwerdekammern keinen "Crosscheck" verlange, sondern "ein in der Regel effizientes System" zur Überwachung der Fristen. Die Tatsache, dass ein System über Jahre hinweg effizient funktioniert habe, sei von den Kammern als Beweis dafür angesehen worden, dass es normalerweise zuverlässig sei. Diese Voraussetzung sei bei dem in der Kanzlei vorhandenen System erfüllt. Was insbesondere die Fristenführerin seiner Kanzlei, Frau J., angehe, so sei während ihrer ca. 10 Jahre dauernden Tätigkeit als Fristenführerin vor Versäumung der streitgegenständlichen Frist noch keine einzige Wiedereinsetzung notwendig geworden, die auf ein Versehen von ihr zurückzuführen gewesen wäre.

Die Kammer weist hierzu zunächst darauf hin, dass die insoweit bezüglich Fristüberwachungssystemen genannten Entscheidungen in dem oben zitierten ersten Absatz des besagten Abschnitts allesamt Aktenzeichen aus den Jahren 1986 bis 1992 tragen (die Entscheidungen T 1024/02, T 165/04 und T 221/04 (vom 5. Mai 2004) beziehen sich nicht auf Fehler bei der Fristüberwachung). Zu den in diesem Absatz aufgeführten Grundsätzen wiederholt die Kammer, was sie in T 1465/07 (unter Nr. 19) in anderer Besetzung festgestellt hat (bestätigt in T 1726/08, Nr. 25): Der Nachweis, dass ein Fristüberwachungssystem über Jahre hinweg effizient (im Sinne von effektiv) funktioniert hat, ist ein Anzeichen für Zuverlässigkeit, kann aber durch Beweise dafür aufgewogen werden, dass Hauptmerkmale für Zuverlässigkeit wie eine unabhängige Doppelkontrolle fehlen. In diesem Fall kann nicht von

einem zuverlässigen System ausgegangen werden. Das "Rechtsprechungs"-Buch ist in der 6. Auflage auch entsprechend ergänzt worden (siehe VI.E.7.3.3.a)). Aus Sicht der Kammer ergibt sich diese Schlussfolgerung zwingend aus der oben erörterten Rechtsprechung zur Doppelkontrolle seit T 428/98 und sind die vorgenannten Entscheidungen mit den Aktenzeichen zwischen 1986 und 1992 - soweit sie dieser Schlussfolgerung widersprechen - überholt. In T 428/98 wurde der Antrag auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen, obwohl geltend gemacht worden war: "Die Bürovorsteherin sei seit 33 Jahren in der Kanzlei der Vertreter des Beschwerdeführers tätig, sei eine extrem zuverlässige Fachkraft und habe bis dahin noch keine Fristen versäumt." (Siehe Nr. VIII.) In J 13/07 war die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorbringen, eine selbständige Kontrolle der Erledigung der der in der Patentabteilung zuständigen Sachbearbeiterin übertragenen Aufgaben im Zusammenhang mit der Zahlung von Jahresgebühren sei u.a. deswegen nicht notwendig gewesen, da der interne Ablauf zuvor stets funktioniert habe, nicht erfolgreich. Ein einmaliges Versehen in einem ansonsten gut funktionierenden System sei (nur) dann entschuldbar, wenn der Beschwerdeführer oder sein Vertreter glaubhaft machen könne, dass zum fraglichen Zeitpunkt in seinem Büro ein in der Regel effizientes System zur Überwachung der im EPÜ vorgeschriebenen Fristen bestanden habe und zur Erledigung von Routinearbeiten eingesetzte Hilfspersonen jedenfalls sorgfältig ausgewählt und mittels eines unabhängigen Kontrollmechanismus regelmäßig überwacht worden seien (siehe Nr. 5.2.1.3, unter "Zweitens").

Aufgrund der obigen Analyse der Rechtsprechung der Kammern ist die erkennende Kammer übrigens der

Auffassung, dass der Begriff "effizient" in dem Ausdruck ein "in der Regel effizientes System" von den Kammern nicht im Sinne einer optimalen Relation zwischen Zielerreichung und Mitteleinsatz - wie der Vertreter meint -, sondern im Sinne von "effektiv", d.h. einer wirksamen Zielerreichung, verwendet wurde. So ist auch in der englischen Ausgabe der Publikation "Rechtsprechung" zunächst von "a normally **effective** system for monitoring time limits" (Hervorhebung durch die Kammer) die Rede (siehe 5. Auflage, VI.E.6.2.2(a)), ein Ausdruck, der in der dort zitierten englischsprachigen Entscheidung J 23/92 (unter Nr. 3) verwendet wurde (siehe auch T 836/09 unter Nr. 5.2, 2. Absatz, wo ebenfalls von "a normally effective system for monitoring time limits" die Rede ist); andererseits beginnt der folgende Satz an der zitierten Stelle der Publikation "Rechtsprechung" mit den Worten: "The fact that this system operated **efficiently** for many years ..." (Hervorhebung durch die Kammer) .

Die Kammern hätten auch keinen Anlass darüber zu entscheiden, welche Art der Fristüberwachung das optimale Verhältnis zwischen Zielerreichung und Mitteleinsatz in einer Kanzlei oder einem Unternehmen darstellt, also "effizient" ist. Das kann und muss den dortigen Verantwortlichen überlassen bleiben. Einziger zu prüfender Gesichtspunkt in diesem Zusammenhang ist, dass der Zugang zu den Gerichten nicht unverhältnismäßig erschwert wird (dazu siehe unten, unter b) ii)).

Im Ergebnis ergibt sich nach alledem, dass zu den Sorgfaltsanforderungen an ein Fristüberwachungssystem im Allgemeinen gehört, dass die Fristüberwachung nicht einer Person allein überlassen wird, sondern im



gewählten System der Fristüberwachung ein genereller, von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person unabhängiger Kontrollmechanismus eingebaut ist. Dieser Kontrollmechanismus kann innerhalb eines einzigen Systems der Fristüberwachung vorgesehen werden. Wird zur Realisierung des Kontrollmechanismus ein zweites System der Fristüberwachung eingerichtet, so muss dieses vom ersten unabhängig (teilweise als "redundant" bezeichnet) sein.

Die Beanstandung des Vertreters, nach der Rechtsprechung sei eine Doppelkontrolle nicht zwingend und es sei auch nicht klar, was diese beinhalte, trifft daher nicht zu. Zuzugeben ist dem Vertreter allerdings, dass es eines gewissen Aufwandes an Recherche und Analyse der Rechtsprechung der Kammern bedarf, um zu dieser Feststellung zu gelangen. Es gehört jedoch zu den Aufgaben eines sorgfältigen Vertreters, diesen Aufwand zu betreiben.

b) Vereinbarkeit der Rechtsprechung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Steht nach alledem fest, dass die Rechtsprechung jedenfalls seit T 428/98 eindeutig eine unabhängige Doppelkontrolle in dem oben dargelegten Sinne verlangt, ist nunmehr zu prüfen, ob ein solches Erfordernis rechtmäßig ist. Der Vertreter beanstandet, es stelle eine unzulässige Ungleichbehandlung dar (hierzu siehe i)) und sei unverhältnismäßig (siehe ii)).

i) Ungleichbehandlung

Der allgemeine Gleichheitssatz hat in Artikel 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. EU 2007/ C 303/ 01) Eingang gefunden, der besagt: "Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich". Der Gleichheitssatz verlangt, dass "vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt wäre" (EuGH, Rs. 217/91, Slg. 1993, I-3923, Rn. 37). Die Kammer unterstellt zunächst, dass diese Prinzipien auch in den Vertragsstaaten des Europäischen Patentübereinkommens gelten und ist weiter der Meinung, dass bei Anwendung des Gleichheitssatzes eine Auslegung von Vorschriften des EPÜ im Rahmen der möglichen Wortlautauslegung nicht zu Differenzierungen führen darf, welche dem Gesetzgeber des EPÜ versagt wären. Die Anwendung einer Vorschrift des EPÜ durch eine Beschwerdekammer in diesem Sinne würde gegen den Gleichheitssatz verstoßen.

*- Fristenführung - nachgelagerte Tätigkeiten*

Der Vertreter beanstandet, dass eine Differenzierung zwischen der Fristenführung und nachgelagerten Arbeitsschritten, wie dem Eintüten von Schriftsätzen oder deren Versendung per Telefax nicht gerechtfertigt sei. Das Fehlerpotential sei in beiden Bereichen gleich.

Die vom Vertreter abgelehnte Entscheidung im Fall T 836/09 betraf das versehentliche Einlegen einer an das EPA gerichteten Beschwerdebegründung in das Ausgangsfach für an das Deutsche Patent- und Markenamt bestimmte

Ausgangspost in der Registratur der Kanzlei. In dieser Rechtssache hat die Kammer die Fristüberwachung von der Bearbeitung von Ausgangspost abgegrenzt und begründet, warum im letzteren Fall generell auf eine Doppelkontrolle verzichtet werden könne (siehe Nr. 5.2, dritter Absatz). Als Grund hierfür nannte sie unter Hinweis auf T 178/07, Nr. 1.1.3., dass - anders als bei der Überwachung von Fristen - das Fehlerrisiko bei der Bearbeitung von Ausgangspost niedrig sei, da diese Bearbeitung im Allgemeinen die Ausführung einfacher Schritte beinhalte.

Auch die erkennende Kammer ist der Auffassung, dass die Fristenführung einen höheren intellektuellen Aufwand verlangt als etwa das Eintüten von Schriftsätzen, deren Einlegen in das zutreffende interne Ausgangsfach oder deren Versendung per Telefax. Bei letzteren Tätigkeiten liegt ein bloßes Versehen vor; bei der Notierung einer unzutreffenden Frist kann darüber hinaus ein Rechenfehler oder eine Unkenntnis der gesetzlichen Vorschriften der Fristberechnung die Ursache sein. Der höhere intellektuelle Aufwand bedingt ein höheres Fehlerrisiko, weswegen nach Auffassung der erkennenden Kammer die Sachverhalte nicht vergleichbar sind und deren Ungleichbehandlung durch die Rechtsprechung daher objektiv gerechtfertigt ist.

*- Große - kleine Kanzlei*

Der Vertreter rügt weiter, eine Unterscheidung zwischen kleinen und großen Kanzleien bei der Sorgfaltspflicht sei nicht nachvollziehbar, da auch ein Einzelanwalt sich nicht mehr auf sein Gedächtnis oder das seiner einzigen Sekretärin/Patentanwaltsfachangestellten verlassen könne,

sondern ebenso wie eine große Kanzlei ein funktionierendes, schriftliches Fristenführungssystem benötige.

Diesbezüglich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass zwar in der erkennbar ersten Entscheidung, die von dem Erfordernis einer Doppelkontrolle ausging, nämlich J 9/86, dieses Erfordernis für eine große Kanzlei, in der immer eine beträchtliche Anzahl von Terminen überwacht werden muss, aufgestellt wurde. Demgegenüber wurde in T 428/98 - wie ausführlich erörtert - auf das grundsätzliche Erfordernis einer Doppelkontrolle hingewiesen, auf das die Kammern nur im Ausnahmefall einer kleinen Arbeitseinheit verzichtet hätten, d.h. die Kammer ging von einem Regel-/Ausnahme-Verhältnis aus. Soweit erkennbar, ist dieses Verhältnis in der seither ergangenen Rechtsprechung nicht in Frage gestellt worden.

Nach Auffassung der Kammer liegt ein sachlicher Differenzierungsgrund betreffend eine kleine Arbeitseinheit, wie eine Ein-Mann-Kanzlei, bestehend aus einem Vertreter und einer Sekretärin, nicht nur in dem Umstand, dass bei einer solchen Kanzlei die Anzahl der zu verwaltenden Fristen regelmäßig entsprechend gering ist. Darüber hinaus fehlt es auch an der Komplexität der Fristüberwachung, die sich bei größeren Kanzleien allein aus der größeren Anzahl der Vertreter ergibt.

- *Ergebnis*

Eine Ungleichbehandlung kann nach alledem weder im Hinblick auf die Behandlung der Fristführung im Verhältnis zu nachgelagerten Tätigkeiten noch angesichts

der Behandlung von großen und kleinen Kanzleien gesehen werden. Ein näheres Eingehen auf den Geltungsgrund des allgemeinen Gleichheitssatzes erübrigt sich damit.

ii) Verhältnismäßigkeit

Zur Frage der Verhältnismäßigkeit der in der Rechtsprechung aufgestellten Sorgfaltsanforderung, im gewählten System der Fristüberwachung einen generellen, von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person unabhängigen Kontrollmechanismus einzubauen, hat die Kammer in anderer Besetzung in T 1465/07 ausführlich Stellung genommen und hält auch in der jetzigen Besetzung daran fest. Der relevante Teil ist in der 6. Auflage der "Rechtsprechung" (unter VI.E.11.) zutreffend wie folgt wiedergegeben:

In T 1465/07 legte die Kammer im Zusammenhang mit dem Recht auf Zugang zu einem Gericht Art. 122 EPÜ 1973 unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs aus und gelangte zu folgenden Schlussfolgerungen:

Im Hinblick auf Einschränkungen des Rechts auf Zugang zu den Beschwerdekammern - z. B. in Form von Fristenregelungen - durch gesetzliche Maßnahmen oder ihre Anwendung gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das bedeutet, dass solche Maßnahmen oder ihre Anwendung nicht die Grenzen dessen überschreiten dürfen, was zur Erreichung der mit der fraglichen Regelung zulässigerweise verfolgten berechtigten Ziele geeignet und erforderlich ist, wobei zu beachten ist, dass dann, wenn mehrere geeignete Maßnahmen oder Möglichkeiten zu ihrer Anwendung zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen ist, und dass die verursachten Nachteile nicht gegenüber den angestrebten Zielen unangemessen sein dürfen.

Für die Anwendung von Art. 108 EPÜ 1973 in Verbindung mit Art. 122 EPÜ 1973 bedeutet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Auslegung dieser Bestimmungen keine Maßnahmen zur Folge haben darf, die nicht geeignet, nicht erforderlich oder unangemessen

gegenüber dem angestrebten Ziel der Gewährleistung von Rechtssicherheit und geordneter Rechtspflege durch die Vermeidung von Diskriminierung oder Willkür sind. Dementsprechend **dürfen die Bedingungen für die Gewährung der Wiedereinsetzung** und insbesondere das Erfordernis der Sorgfaltspflicht nicht so **übermäßig eng ausgelegt werden**, dass der Zugang zur Kammer unangemessen eingeschränkt und die Kammer dadurch daran gehindert wird, über den Fall in der Sache zu entscheiden. Das EPÜ stellt hier ein Gleichgewicht zwischen Rechtssicherheit und geordneter Rechtspflege einerseits und materieller Gerechtigkeit andererseits her. Daraus folgt, dass bei der Auslegung der Bestimmungen, anhand deren entschieden wird, ob ein Antrag auf Wiedereinsetzung gewährt werden kann oder nicht, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden ist.

Die obigen allgemeinen Grundsätze sind - soweit ersichtlich - mit den vom Vertreter genannten Grundsätzen des deutschen BVerfG im Wesentlichen vergleichbar.

Wie oben festgestellt, gehört zu den Sorgfaltsanforderungen an ein Fristüberwachungssystem im Allgemeinen, dass die Fristüberwachung nicht einer Person allein überlassen wird, sondern im gewählten System der Fristüberwachung ein genereller, von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person unabhängiger Kontrollmechanismus eingebaut ist. Dieser Kontrollmechanismus kann innerhalb eines einzigen Systems der Fristüberwachung vorgesehen werden. Wird zur Realisierung des Kontrollmechanismus ein zweites System der Fristüberwachung eingerichtet, so muss dieses vom ersten unabhängig sein.

Nach Auffassung der Kammer ist die Sorgfaltsanforderung einer unabhängigen Doppelkontrolle im vorgenannten Sinn sowohl geeignet als auch erforderlich, um das Risiko des Verlustes eines Patents oder - wie hier - einer Patentanmeldung zu minimieren. Diese

Sorgfaltsanforderung ist auch nicht unangemessen. Zunächst ist nach der Rechtsprechung der Beschwerdekammern - wie gezeigt -, ebenso wie in der vom Vertreter zitierten Entscheidung des BGH, das Führen eines zweiten Fristenkalenders nicht zwingend notwendig. Des Weiteren kann zur Fristüberwachung ein elektronisches System (oder können mehrere derartige Systeme) eingesetzt werden. Im vorliegenden Fall hätte nach Meinung der Kammer eine unabhängige Doppelkontrolle darin bestehen können, dass eine andere Person als Frau J. die Eintragung der auf dem jeweiligen Eingangsschriftstück per Hand vermerkten relevanten Fristen im zentralen, allein von Frau J. geführten Fristenkalender überprüft hätte und an jedem Arbeitstag die einzuhaltenden Fristen nachgesehen hätte. Beeinträchtigungen der Arbeit von Frau J. hätten durch geeignete organisatorische Maßnahmen auf ein Mindestmaß reduziert werden können (z.B. durch Zugänglichmachen des Fristenkalenders nur zu bestimmten Zeiten am Tag) oder durch Einführung eines von Frau J. zu führenden elektronischen Fristenkalenders, zu welchem dem mit der Doppelkontrolle Beauftragten Zugang gewährt worden wäre, völlig vermieden werden können. Nach Auffassung der Kammer ist die Sorgfaltsanforderung einer unabhängigen Doppelkontrolle daher mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowohl allgemein als auch im vorliegenden Fall vereinbar.

Obwohl es wünschenswert ist, dass die Rechtsprechung der Beschwerdekammern und die der nationalen Gerichte einheitlich sind, liegt die Bewertung, was Beachtung der erforderlichen Sorgfalt bedeutet, allein in der Verantwortung des jeweiligen Entscheidungsträgers. Insoweit sind gewisse Differenzen nicht immer zu

vermeiden. Der oben dargestellten, möglicherweise großzügigeren Beurteilung des deutschen BGH kann sich die Kammer im vorliegenden Fall nicht anschließen.

#### 5.2.5 Ergebnis

In dem zu entscheidenden Fall wurde die Fristüberwachung einer Person allein, nämlich Frau J., überlassen. Im gewählten System der Fristüberwachung war der nach der Rechtsprechung jedenfalls seit T 428/98 erforderliche generelle, von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person unabhängige Kontrollmechanismus nicht eingebaut. Entgegen der Auffassung des Vertreters kann ein solcher Kontrollmechanismus nicht in der Überprüfung von auf Eingangsschriftstücken vermerkten Fristen durch ihn und seine Sekretärin erblickt werden, da eine Überprüfung der Eintragungen im Fristenkalender damit nicht verbunden war. Das langjährige Funktionieren des Systems der Fristenführung in der Kanzlei des Vertreters ist mangels der notwendigen unabhängigen Doppelkontrolle unerheblich.

Das Argument, die Fristenführung der Kanzlei werde als separate "Ein-Personen-Abteilung" geführt, die als "kleine Abteilung" im Sinne der Rechtsprechung einzuordnen sei, liegt neben der Sache. Soweit in der Rechtsprechung eine Ausnahme von der Sorgfaltsanforderung der Doppelkontrolle gemacht wurde, betraf diese - wie erörtert - als klein angesehene Arbeitseinheiten, im Fall J 31/90 eine aus einem Vertreter und seiner Sekretärin bestehende Kanzlei, im Fall T 166/87 eine "relativ kleine" Abteilung in einem Unternehmen. In beiden Fällen ging es also um eine Arbeitseinheit, in der die Fristen nicht nur geführt,



sondern auch abgearbeitet wurden. Das ist bei der "Ein-Personen-Abteilung" von Frau J. offenkundig nicht der Fall.

Demnach waren in der Kanzlei des Vertreters vor Ablauf der versäumten Beschwerdefrist am 26. Juli 2008 die Sorgfaltsanforderungen an ein Fristüberwachungssystem nicht eingehalten, da der notwendige generelle, von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person, Frau J., unabhängige Kontrollmechanismus fehlte.

Schließlich ist die geltend gemachte Tatsache, dass der Beschwerdeschriftsatz lange vor Fristablauf fertig gestellt worden sei, irrelevant für die Frage der Erfüllung der Sorgfaltspflicht des Vertreters. Es kommt allein auf dessen rechtzeitige und formgerechte Einreichung beim EPA an (vgl. insoweit auch T 1465/07, Nr. 16, unter "The intent to appeal").

Nach alledem hat der Vertreter die Beachtung aller nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt gemäß Artikel 122 (1) EPÜ nicht nachgewiesen.

### 5.3 Einhaltung der gebotenen Sorgfalt durch den Anmelder selbst

Mangels Beachtung aller nach den gegebenen Umständen gebotenen Sorgfalt durch den Vertreter kommt es auf die Frage, ob der Anmelder selbst diese Sorgfalt eingehalten hat, nicht mehr an. Sowohl der Anmelder selbst als auch sein Vertreter müssen das erforderliche Maß an Sorgfalt einhalten.

5.4 Dem Antrag auf Wiedereinsetzung kann damit mangels Begründetheit nicht stattgegeben werden.

6. Befassung der Großen Beschwerdekammer

Gemäß Artikel 112 (1) a) EPÜ 1973 (anwendbar, da nicht in Artikel 1 Nr. 1 des oben zitierten Beschlusses des Verwaltungsrats vom 28. Juni 2001 genannt) befasst die Beschwerdekammer, bei der ein Verfahren anhängig ist, zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsanwendung oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, von Amts wegen oder auf Antrag eines Beteiligten die Große Beschwerdekammer, wenn sie hierzu eine Entscheidung für erforderlich hält.

6.1.1 Sicherung einer einheitlichen Rechtsanwendung

Die Kammer hat oben festgestellt, dass jedenfalls seit der Entscheidung im Fall T 428/98 vom 23. Februar 2001, zur Post gegeben am 1. März 2001, die Rechtsprechung insoweit einheitlich ist, als es zu den Sorgfaltsanforderungen an ein Fristüberwachungssystem im Allgemeinen gehört, dass die Fristüberwachung nicht einer Person allein überlassen wird, sondern im gewählten System der Fristüberwachung ein genereller, von der für die Fristenkontrolle zuständigen Person unabhängiger Kontrollmechanismus eingebaut ist. Die Tatsache, dass dabei in einigen Entscheidungen ein "redundantes", ausfallsicheres System verlangt wurde, hat nicht dazu geführt, dass Beschwerden mangels Vorliegens zweier Kontrollsysteme zurückgewiesen worden wären. Vielmehr geschah dies mangels Unabhängigkeit der Doppelkontrolle.

Die Kammer sieht keinen Grund, von dieser Praxis abzuweichen und hat das Fristüberwachungssystem wegen eines fehlenden unabhängigen Kontrollmechanismus innerhalb des bestehenden Fristüberwachungssystem in der Kanzlei des Vertreters beanstandet und nicht wegen des Fehlens eines zweiten, "redundanten" Kontrollmechanismus.

Was die vor T 428/98 ergangenen Entscheidungen betrifft, soweit sie dieser Entscheidung entgegenstehen, so haben sie als Folge einer laufenden Rechtsentwicklung ihre Bedeutung verloren. Aus ihnen kann daher keine Divergenz der Rechtsprechung hergeleitet werden (siehe G 3/08, Nr. 7.3.8).

#### 6.1.2 Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

Über die vom Vertreter übergebenen Fragen zur Befassung der Großen Beschwerdekammer konnte die Kammer oben ohne Zweifel entscheiden.

Des Weiteren fehlte im vorliegenden Fall die Unabhängigkeit der Doppelkontrolle innerhalb des auf der Grundlage eines Fristenkalenders geführten Fristüberwachungssystems. Die von den Kammern unterschiedlich beurteilte Frage, ob ein zweites, "redundantes" System zu fordern ist, ist daher hier nicht entscheidungserheblich.

#### 6.1.3 Ergebnis

Mangels praxisrelevanter Divergenz der Rechtsprechung und mangels Relevanz der Rechtsfrage, ob ein zweiter, "redundanter" Kontrollmechanismus zwingend erforderlich

ist, hält die Kammer eine Entscheidung der Großen Beschwerdekammer nicht für erforderlich.

7. Erstattung der Beschwerdegebühr

Da dem Antrag auf Wiedereinsetzung nicht stattgegeben werden kann, ist die Beschwerde nicht rechtzeitig eingereicht und auch die Beschwerdegebühr zu spät entrichtet. Gemäß Artikel 108 Satz 2 EPÜ gilt damit die Beschwerde als nicht eingelegt, und die Beschwerdegebühr ist zurückzuerstatten (siehe T 1026/06, Nr. 6, und die Nachweise dort).

### **Entscheidungsformel**

#### **Aus diesen Gründen wird entschieden:**

1. Der Antrag auf Wiedereinsetzung wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde gilt als nicht eingelegt.
3. Die Beschwerdegebühr wird zurückerstattet.
4. Der Antrag auf Befassung der Großen Beschwerdekammer wird zurückgewiesen.

Die Geschäftsstellenbeamtin:

Der Vorsitzende:

M. Kiehl

A. G. Klein