

OLIVER M. KUNZ

Die Weiterbehandlung als Rechtsmittel

Die Weiterbehandlung als Rechtsmittel

OLIVER M. KUNZ*

I. Die Weiterbehandlung

1. Verfahren
2. Wirkung der Weiterbehandlung
3. Geschichte und Zukunft

II. Fristverlängerung oder Rechtsmittel?

1. Weiterbehandlung als Fristverlängerung?
2. Weiterbehandlung als Rechtsmittel

III. Zur (Ausser-)Ordentlichkeit von Rechtsmitteln im Allgemeinen

1. Unterscheidung zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln
2. Ergebnis

IV. Weiterbehandlung als ausserordentliches Rechtsmittel

V. Konsequenzen der Qualifikation der Weiterbehandlung

1. Aufnahme in Rechtsmittelbelehrung
2. Verhältnis zur Beschwerde
3. Form des Gesuchs um Weiterbehandlung

Zusammenfassung / Résumé

I. Die Weiterbehandlung

1. Verfahren

Das Institut der Weiterbehandlung findet sich in verschiedenen immaterialgüterrechtlichen Erlassen (Art. 46a

PatG; Art. 31 DesG; Art. 41 MSchG; nicht jedoch im Sortenschutzgesetz). Es erlaubt, die negativen Konsequenzen von Fristversäumnissen zu «heilen», indem grundsätzlich derjenige Zustand hergestellt wird, der bei rechtzeitiger Handlung eingetreten wäre.

Gemeinsam ist den erwähnten Bestimmungen, dass Weiterbehandlung lediglich gegenüber dem Institut für Geistiges Eigentum (IGE)¹ und lediglich bei Versäumnis verfahrensrechtlicher Fristen, nicht aber bezüglich materiellrechtlicher Fristen verlangt werden kann².

Ebenfalls müssen in allen erwähnten Erlassen zur Gutheissung eines Gesuchs um Weiterbehandlung kumulativ *drei Voraussetzungen* gegeben sein: Erstens ist die Einreichung des Gesuchs um Weiterbehandlung an besondere *Fristen* gebunden (zwei Monate nach Kenntnis und nicht später als sechs Monate nach Ablauf der versäumten Frist)³. Zweitens ist für die Gutheissung eines Weiterbehandlungsgesuchs jeweils erforderlich, dass eine spezielle *Gebühr* entrichtet wurde⁴. Drittens muss die versäumte *Handlung nachgeholt* werden.

Sind diese drei Voraussetzungen erfüllt, ist das Gesuch um Weiterbehandlung ohne weiteres gutzuheissen. *Nicht* erforderlich ist insbesondere, dass entschuldbare Gründe oder dgl. für die Fristversäumnis vorliegen. Selbst das Gesuch des grobfahrlässig Säumigen ist daher bei Einhaltung der Verfahrensvorschriften gutzuheissen⁵.

Fristversäumnisse können Rechtsverlust und andere Nachteile zur Folge haben. Zur Behebung solcher Folgen steht im Immaterialgüterrecht das Institut der Weiterbehandlung zur Verfügung. Wie die Weiterbehandlung funktioniert und was sie zu bewirken vermag, bildet Gegenstand des ersten Teils des vorliegenden Beitrages. Daran anschliessend soll untersucht werden, wie die Weiterbehandlung zu qualifizieren ist, wobei dazu ein kritischer Blick auf Lehre und Rechtsprechung zur Abgrenzung von ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln erforderlich ist. Schliesslich werden in einem letzten Teil die Konsequenzen der hier vertretenen Qualifikation sowie die neusten Entwicklungen der Rechtsprechung zur Form von Weiterbehandlungsgesuchen aufgezeigt.

* lic. iur., Zürich.

¹ Statt vieler: L. DAVID, Kommentar zum Markenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 1999, MSchG 41 N 14.

² Vgl. bezüglich der Ausnahmen z.B. Art. 14 PatV und zur Unterscheidung von verfahrens- und materiellrechtlichen Fristen: P. HEINRICH, DesG/HMA, Bern 2002 Art. 13 Rz. 03.

³ Vgl. zum Fristbeginn unten I/3.

⁴ Diese beträgt zurzeit CHF 200, vgl. Anhang zur Gebührenordnung des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum, SR 232.148.

⁵ Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunfts-

L'inobservation de délais peut entraîner la perte d'un droit ou causer d'autres inconvénients. Pour éviter de telles conséquences, le droit de la propriété intellectuelle connaît l'institution de la poursuite de la procédure. L'article qui suit s'attache d'abord au fonctionnement de la poursuite de la procédure et à ses effets. Ensuite, l'auteur examine comment la poursuite de la procédure doit être qualifiée. Il porte à cet égard un regard critique sur la doctrine et la jurisprudence relative à la délimitation entre les moyens de droit ordinaires et extraordinaires. Enfin, la dernière partie est consacrée aux conséquences qu'entraîne la qualification défendue ici et à l'évolution récente de la jurisprudence sur la forme des demandes de poursuite de procédure.

2. Wirkung der Weiterbehandlung

Die Wirkung der Gutheissung eines Gesuchs um Weiterbehandlung besteht darin, dass derjenige Zustand hergestellt wird, der bei rechtzeitiger Handlung eingetreten wäre⁶. Durch fristgerechte Einreichung des Gesuchs um Weiterbehandlung, Nachholen der versäumten Handlung und Bezahlung der (zusätzlichen) Gebühr können mithin die (als unbillig hart empfundenen) Säumnisfolgen ungeschehen gemacht werden⁷.

3. Geschichte und Zukunft

Das Institut der Weiterbehandlung geht auf die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums zurück, wobei es ursprünglich nur die Säumnis in der Entrichtung von Gebühren erfasste⁸. In verallgemeinerter Form fand es Eingang auch in anderen Staatsverträgen⁹ und wurde schliesslich in das schweizerische Patentrecht aufgenommen¹⁰.

Auch im Muster- und Modellschutz war die Weiterbehandlung zuerst lediglich auf Verordnungs-

Weiterbehandlung nach Nichtbezahlung der Verlängerungsgebühren besteht nämlich theoretisch ein gewisses Risiko, dass Dritte zu Schaden kommen, wenn sie – im Vertrauen auf die eingetragene und publizierte Löschung eines Eintrags – selber mit einer entsprechenden Nutzung beginnen und es nachträglich zu einer «Reaktivierung» des gelöschten Schutzrechts kommt. Art. 48 PatG und Art. 13 DesG sehen daher vor, dass das Schutzrecht für die Zeit zwischen Säumnisbeginn und Einreichung des Weiterbehandlungsgesuchs dem gutgläubigen Dritten nicht entgegeng gehalten werden und der Dritte u.U. ein Mitbenützungserwerb kann (vgl. dazu auch HEINRICH (Fn. 2), Art. 13 Rz. 01 ff. und M. A. MEER, Das neue Designgesetz – ein Überblick, AJP 2002, 941). Praktisch dürfte eine gutgläubige Nutzung durch Dritte eher die Ausnahme darstellen.

⁷ Vgl. BGer, sic! 2003, 448 E. 3.1, «Katheter».

⁸ Art. 5^{bis} Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, in der Fassung nach der Revision in London vom 2. Juni 1934, SR 0.232.02: «Für die Bezahlung der zur Aufrechterhaltung der gewerblichen Eigentumsrechte vorgesehenen Gebühren wird eine Nachfrist von mindestens drei Monaten gewährt»; vgl. heute Art. 5^{bis} Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967, SR 0.232.04.

⁹ Vgl. etwa Art. 121 EPÜ (SR 0.232.142.2): «Ist nach Versäumung einer [...] Frist die europäische Patentanmeldung zurückzuweisen oder zurückgewiesen worden oder gilt sie als zurückgenommen, so tritt die vorgesehene Rechtsfolge nicht ein oder wird, falls sie bereits eingetreten ist, rückgängig gemacht, wenn der Anmelder die Weiterbehandlung der Anmeldung beantragt»; vgl. ferner PLT.

¹⁰ Zuerst lediglich auf Verordnungsstufe, vgl. Art. 32 Vollziehungsverordnung zu Titel I und II des Bundesgesetzes betreffend die Erfindungspatente vom 18. Oktober 1955, AS 1955, 907: «Wird ein Patentgesuch, eine Erklärung teilweisen Verzichtes oder ein Antrag auf Errichtung neuer Patente wegen Versäumnis einer vom Amt angesetzten Frist zurückgewiesen, so kann die Zurückweisung rückgängig gemacht werden, wenn innert 2 Monaten seit der Verfügung die versäumte Handlung nachgeholt und gleichzeitig [...] die hierfür [...] vorgesehene Gebühr entrichtet [...] wird.» (AS 1955, 907). Zur Aufnahme in das PatG, vgl. Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes betreffend die Erfindungspatente sowie zu einem Bundesbeschluss über eine Änderung des Übereinkommens über die Erteilung europäischer Patente (zit. Botschaft-PatG), BBl 1993 III 706, 719.

angaben (Markenschutzgesetz, MSchG) vom 21. November 1990 (zit. Botschaft-MSchG), BBl 1991 I 1, 26; DAVID (Fn. 1), MSchG 41 N 3; Darin unterscheidet sich die Weiterbehandlung grundsätzlich von anderen Instituten, wie der Wiedereinsetzung in den früheren Stand (vgl. z.B. Art. 47 PatG) oder der Wiederherstellung von Fristen (vgl. z.B. Art. 35 OG oder § 199 ZPO-ZH). Letztere sind an strenge Kriterien geknüpft, vgl. etwa J.-F. POUJOL, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Vol. I, Bern 1990, OG 35 Ziff. 2.

⁶ Während im MSchG durch die Gutheissung der Weiterbehandlung vollumfänglich derjenige Zustand hergestellt wird, der bei rechtzeitiger Handlung eingetreten wäre, wird im PatG und im DesG das Vertrauen Dritter geschützt und so ein «Ausgleich für die Rechtswohlthat der Weiterbehandlung» hergestellt (HEINRICH [Fn. 2], Art. 13 Rz. 01). Bei der

stufe verankert, bis sie im Rahmen des Erlasses des DesG im Gesetz Aufnahme fand¹¹; eine ähnliche Entwicklung fand im Markenschutzrecht statt¹².

Zurzeit befindet sich das Institut der Weiterbehandlung in Revision: Einerseits ist im Rahmen der Justizreform vorgesehen, dass Gesuche um Weiterbehandlung inskünftig nicht mehr nur schriftlich, sondern auch formlos eingereicht werden können¹³. Ein Gesuch um

Weiterbehandlung wird daher in Zukunft auf elektronischem Wege oder gar konkludent, insbesondere durch Bezahlung der Weiterbehandlungsgebühr, gestellt werden können (vgl. dazu auch unten, V/3).

Weitere Modifikationen des Instituts der Weiterbehandlung ergeben sich aus dem Patentrechtsvertrag (Patent Law Treaty, PLT)¹⁴. Diesen hat die Schweiz am 2. Juni 2000 unterzeichnet und die notwendigen Anpassungen werden im Rahmen der Revision des Patentrechts vorgenommen¹⁵. Das Institut der Weiterbehandlung ist zwar grundsätzlich ausreichend, um den in Art. 11 und 12 PLT verankerten Mindestanforderungen zu genügen¹⁶. Nichtsdestotrotz sind gewisse Anpassungen vonnöten, insbesondere der *Fristbeginn* für die Einreichung eines Antrags auf Weiterbehandlung muss angepasst werden: Während nämlich unter geltendem Recht das Gesuch um Weiterbehandlung innert zweier Monate nach *Kenntnisnahme* der Fristversäumnis eingereicht werden muss¹⁷, beginnt die Frist gemäss dem Patentrechtsvertrag erst mit der *Mitteilung* der Fristversäumnis zu laufen¹⁸. Mit anderen Worten soll eine allfällige frühere Kenntnis keine Berücksichtigung mehr finden und Art. 46a Abs. 1 PatG entsprechend angepasst werden¹⁹.

Gleichzeitig – aber unabhängig davon – soll Art. 41 Abs. 1 MSchG

werden wohl hingegen Design- und Markenschutzgesetz, sodass für die Einreichung des Weiterbehandlungsgesuchs in Zukunft keine einheitliche Frist mehr gelten wird.

²⁰ Art. 41 Abs. 1, erster Satz nMSchG: «Versäumt der Hinterleger oder der Rechtsinhaber eine Frist, die gegenüber dem Institut einzuhalten ist, so kann er bei diesem schriftlich die Weiterbehandlung beantragen» (Entwurf, Fn. 19).

²¹ Erläuternder Bericht zu Änderungen im Patentrecht (Fn. 16), 147 f.

²² Vgl. etwa J. L. COMTE in: Ch. Bertschinger/P. Münch/T. Geiser (Hg.), Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Basel 2002 Rz. 7.12.

umformuliert werden, sodass künftighin auch in Markensachen das Gesuch um Weiterbehandlung keinen Rückweisungsentscheid mehr voraussetzt²⁰. Materiell ist damit keine Änderung verbunden, da das IGE in seiner Praxis dieses Kriterium – *contra legem* – ohnehin nicht angewendet hat²¹.

II. Fristverlängerung oder Rechtsmittel?

Entscheidend für die Qualifikation der Weiterbehandlung erscheint, dass auch noch um Weiterbehandlung er sucht werden kann, nachdem das Institut für Geistiges Eigentum ein Gesuch wegen Fristversäumnis bereits zurückgewiesen hat.

1. Weiterbehandlung als Fristverlängerung?

Die Bezeichnung des Instituts als «Weiter»behandlung legt den Schluss nahe, dass das ursprüngliche Gesuch – nach Gutheissung der Weiterbehandlung – schlicht und einfach «weiter» behandelt wird, dass mithin das *gleiche* Verfahren fort dauert. Einzelne Autoren sprechen denn auch davon, dass es sich eigentlich um «eine letzte Fristverlängerung mit erhöhter Gebühr» handle²².

Für diese Betrachtungsweise spricht insbesondere, dass mit dem Weiterbehandlungsgesuch kein Devolutiveffekt verbunden ist und dass das IGE (nach Bejahung der drei Voraussetzungen, vgl. oben I/1) die Prüfung des ursprünglich gestellten Gesuchs fortsetzt. Wie sogleich näher auszuführen ist, kann dieser Auffassung allerdings nicht zugestimmt werden.

2. Weiterbehandlung als Rechtsmittel

Durch die Gutheissung eines Gesuchs um Weiterbehandlung werden

¹¹ Vgl. Art. 14 Abs. 7 aMMV; Botschaft zu einem Bundesbeschluss zur Genfer Akte des Haager Musterschutz-Abkommens und einem Bundesgesetz über den Schutz von Designs vom 16. Februar 2000 (zit. Botschaft-DesG), BBl 2000, 2756.

¹² Botschaft-MSchG (Fn. 5), 36 f.

¹³ Entwurf für ein Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht, BBl 2001, 4565. Leider ist die Aufhebung des Erfordernisses der Schriftlichkeit lediglich für das Patentgesetz und das Markenschutzgesetz, nicht aber für das Designgesetz vorgesehen (letzteres war im Zeitpunkt des Erlasses noch nicht in Kraft). Es bleibt indes zu hoffen, dass eine nachträgliche Vereinheitlichung noch an die Hand genommen wird.

¹⁴ Patentrechtsvertrag (PLT), Ausführungsverordnung zum Patentrechtsvertrag und gemeinsame Erklärungen der diplomatischen Konferenz, von der diplomatischen Konferenz am 1. Juni 2000 angenommen, vgl.: http://www.ige.ch/D/jurinfo/pdf/plt_ausfuehrungsordnung.pdf.

¹⁵ Diese befindet sich zurzeit in der zweiten Vernehmlassungsrunde, vgl. <http://www.ige.ch/D/jurinfo/j100.shtm#2>.

¹⁶ Erläuternder Bericht zu Änderungen im Patentrecht vom 7. Juni 2004, <http://www.ige.ch/D/jurinfo/documents/j10014d.pdf>, 114.

¹⁷ Vgl. Art. 46a Abs. 2 PatG; ebenso Art. 31 Abs. 2 DesG und Art. 41 Abs. 2 MSchG.

¹⁸ Regel 12 Abs. 4 der Ausführungsverordnung (Fn. 14): «Die Frist nach Artikel 11 Absatz 2 Ziffer ii [PLT] endet nicht früher als zwei Monate nach der Mitteilung des Amtes, dass der Anmelder oder der Patentinhaber die vom Amt festgesetzte Frist nicht eingehalten hat.»

¹⁹ Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Erfindungspatente, http://www.ejpd.admin.ch/doks/vl/patg_ges-d.pdf, Art. 46a Abs. 2 erster Satz nPatG: «Er muss den Antrag innert zwei Monaten *seit dem Zugang der Benachrichtigung* des Instituts über das Fristversäumnis einreichen, spätestens jedoch innert sechs Monaten nach Ablauf der versäumten Frist.» Nicht angepasst

die Konsequenzen der Fristversäumnis rückgängig gemacht (vgl. oben I/2).

Sofern bereits eine Verfügung ergangen ist – und genau in diesen Fällen zeigt sich das wahre Gesicht der Weiterbehandlung²³ – wird nicht lediglich eine Frist verlängert, sondern auch die das Gesuch ursprünglich zurückweisende Verfügung aufgehoben.

Bezüglich seiner *Wirkung* unterscheidet sich daher das Gesuch um Weiterbehandlung nicht von einem Rechtsmittel: Gleichsam wie ein Rechtsmittel vermag es – im Falle der Gutheissung – die ursprüngliche (ablehnende) Verfügung aus der Welt zu schaffen. Die Weiterbehandlung zielt mit anderen Worten nicht nur darauf ab, den Ablauf einer Frist zu verhindern. Ihre Wirkung umfasst wesentlich mehr: Bei Gutheissung des Weiterbehandlungsgesuchs wird auch die Rechtskraft der ursprünglichen Verfügung betroffen²⁴.

M.E. unzureichend ist daher die Formulierung, dass durch Gutheissung der Weiterbehandlung «die Frist als eingehalten» gelte und «die gesetzliche oder [...] angedrohte Sanktion der Versäumnis der Frist [...] nicht ein[trete]»²⁵. Eine einfache Fristverlängerung könnte die Rechtswirkungen einer bereits erlassenen Verfügung nicht beeinträchtigen. Damit die in der Verfügung angeordneten (und nicht bloss «angedrohten») Konsequenzen nicht eintreten, muss die Gutheissung der Weiterbehandlung auch die Wirksamkeit der entsprechenden Anordnung und damit der ursprünglichen Verfügung beeinflussen. Die Rückweisung wird «rückgängig gemacht»²⁶. Hinzu kommt, dass nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens (abgesehen von der Rechtsmittelfrist) gar keine Frist mehr am laufen ist, die eingehalten werden könnte. Die Qualifikation als «Fristverlängerung» ist daher abzulehnen.

Auch der Bundesrat geht in seinen Botschaften davon aus, dass mit der Weiterbehandlung «die Zurückweisung rückgängig gemacht» werden kann, was deutlich gegen eine Qualifikation als simple Fristverlängerung spricht²⁷.

Implizit hat auch das Bundesgericht die Weiterbehandlung als Rechtsmittel qualifiziert, indem es den Hinweis auf die Weiterbehandlung als «Rechtsmittelbelehrung» aufgefasst hat²⁸. Im gleichen Satz hat es hingegen die Weiterbehandlung als «gesetzlichen Rechtsbehelf» bezeichnet²⁹, was indes wohl untechnisch zu verstehen ist, da unbestrittenmassen ein Anspruch auf Behandlung durch das Institut besteht und der Gesuchsteller volle Parteirechte genießt, was bei einem Rechtsbehelf gerade nicht der Fall ist³⁰.

Das soeben zitierte Urteil steht allerdings in einem gewissen Widerspruch zur Rechtsprechung bezüglich des Instituts der *Fristwiederherstellung* resp. der *Wiedereinsetzung in den früheren Stand*³¹: Auch diese Institute sind – wie die Weiterbehandlung – geeignet, die Rechtskraft einer bereits ergangenen Verfügung in Frage zu stellen³². Bezüglich der Wiederherstellung hat das Bundesgericht hingegen festgehalten, dass die Verbindlichkeit des rechtskräftigen Entscheids einerseits durch ausserordentliche Rechtsmittel und andererseits aufgrund anderer «gesetzlicher Mittel zur Beseitigung der Rechtskraft» aufgehoben werden könne³³. Mithin ging das Bundesgericht implizit davon aus, dass es sich bei der Wiederherstellung nicht um ein Rechtsmittel handle³⁴.

Diese Unterscheidung zwischen Rechtsmitteln und übrigen «gesetzlichen Mitteln» erscheint jedoch kaum sinnvoll, da nicht ersichtlich ist, worin sich Rechtsmittel von den «gesetzlichen Mitteln» unterscheiden sollen, zumal beide bezüglich ihrer Wirkung identisch sind: Durch

ein entsprechendes Gesuch kann – bei einer Weiterbehandlung praktisch voraussetzungslos – erreicht werden, dass es nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens zu einer neuerlichen materiellen Beurteilung

²³ Beim geltenden Art. 41 MSchG ist die Zurückweisung des ursprünglichen Gesuchs (gemäss Wortlaut) gar Voraussetzung für eine Weiterbehandlung; vgl. hierzu jedoch auch oben, I/3.

²⁴ Deshalb erscheint auch die systematische Stellung im Kapitel «Rechtsschutz» angebracht (vgl. Art. 31 DesG). Vgl. auch Art. 121 EPÜ: die eingetretene Rechtsfolge werde «rückgängig gemacht».

²⁵ So z. B. HEINRICH (Fn. 2), Art. 31 Rn. 13

²⁶ Art. 121 EPÜ; vgl. auch BGer, sic! 2003, 448 E. 3.1, «Katheter» und 3.4, wo das BGer den Hinweis des IGE unbeanstandet liess, wonach «die Löschung (mittels einer Weiterbehandlung) rückgängig gemacht werden könne».

²⁷ Botschaft-MSchG (Fn. 12), 36 f.; Botschaft-DesG (Fn. 11), 2756; Botschaft-PatG (Fn. 10), 719.

²⁸ BGer, sic! 2003, 448 E. 3.4, «Katheter»: «im Sinne einer Rechtsmittelbelehrung [wurde] auf diesen gesetzlichen Rechtsbehelf (Art. 46a PatG) hingewiesen».

²⁹ Vgl. Fn. 28; so z. B. auch RKGE, sic! 4/2005, 297, «Weiterbehandlungsantrag» vgl. ferner COMTE (Fn. 22), Rz 7.11 ff. und auch Botschaft-PatG (Fn. 10), 719.

³⁰ Vgl. zur Abgrenzung Rechtsbehelf-Rechtsmittel: A. KÖLZ/I. HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rn. 394; U. HÄFELIN/G. MÜLLER, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 4. Aufl., Zürich 2002 Rn. 1743; vgl. auch BGE 123 I 25.

³¹ Vgl. Fn. 5.

³² Ursprünglich war umstritten, ob eine Wiederherstellung auch nach rechtskräftiger Erledigung möglich sei (vgl. dazu M. GULDENER, *Die Wiederherstellung im Sinne von § 221 des zürcherischen GVG nach rechtskräftiger Erledigung des Rechtsstreites*, SJZ 37 (1940/41), 230 ff. Schliesslich wurde dies jedoch bejaht: BGE 85 II 147; POUDET (Fn. 5), OG 35 Ziff. 3.3.

³³ BGE 85 II 147; dies wohl in Anlehnung an GULDENER, *Wiederherstellung* (Fn. 32), 231: Rechtskraft sei ein «relativer Begriff», der nicht «Unabänderlichkeit schlechthin» bedeute; vgl. dazu auch M. GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich 1979, 361 f.

³⁴ Wie hier, wenn auch in anderem Zusammenhang: TH. MEISTER, *Rechtsmittelsystem der Steuerharmonisierung*, Bern/Stuttgart/Wien 1995, 258 ff.

des ursprünglichen Gesuchs und zu einer neuen Verfügung kommt, in der geprüft wird, ob die Voraussetzungen, das ursprüngliche Gesuch gutzuheissen, erfüllt sind oder nicht.

Aus diesen Gründen ist das Institut der Weiterbehandlung (wie auch die Wiederherstellung sowie die Wiedereinsetzung) als Rechtsmittel zu qualifizieren.

III. Zur (Ausser-)Ordentlichkeit von Rechtsmitteln im Allgemeinen

Wird das Gesuch um Weiterbehandlung als Rechtsmittel qualifiziert, stellt sich unweigerlich die Frage, ob es sich um ein ordentliches oder um ein ausserordentliches handelt. Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden.

1. Unterscheidung zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln

Einigkeit besteht darüber, dass es sich bei Verwaltungsbeschwerden,

Verwaltungsgerichtsbeschwerden sowie Einsprachen um ordentliche Rechtsmittel handelt, während die Revision, die Erläuterung sowie die staatsrechtliche Beschwerde als ausserordentliche Rechtsmittel zu qualifizieren sind³⁵.

Weniger Klarheit jedoch herrscht darüber, was als *Kriterium* zur Unterscheidung von ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln zu dienen hat:

a) Formelle Rechtskraft des angefochtenen Entscheids?

Die wohl herrschende Lehre führt als Unterscheidungskriterium die *formelle Rechtskraft* des Anfechtungsobjekts an. Während sich ordentliche Rechtsmittel gegen nicht formell rechtskräftige Rechtsakte richten, werden ausserordentliche Rechtsmittel gegen formell rechtskräftige Verfügungen erhoben³⁶.

Die *formelle Rechtskraft* hingegen trete dann ein, wenn «verfahrensmässige Unanfechtbarkeit und Endgültigkeit, Unabänderlichkeit» vorliege, oder – noch eindeutiger – wenn «kein ordentliches Rechtsmittel (mehr) ergriffen werden» könne³⁷.

Damit ist jedoch der *circulus geschlossen*: der Entscheid ist rechtskräftig, weil es kein ordentliches Rechtsmittel (mehr) gibt; das Rechtsmittel kein ordentliches, da die Rechtskraft eingetreten ist.

Offensichtlich taugt das Unterscheidungskriterium der Rechtskraft des Beschwerdeobjekts nicht für eine

Zweckmässigkeitsüberlegungen begründet (BGE 81 I 57: «dem Staatsgerichtshof [ist] nicht zuzumuten, aus kantonalen Rechtsschriften dasjenige zusammenzusuchen, was sich allenfalls zur Begründung der staatsrechtlichen Beschwerde verwerten liesse.»). Für einen Überblick über die Rechtsprechung vgl. H. MARTI, Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Aufl., Basel 1979, 26 ff.

⁴¹ Z.B. eine erst nach Entdeckung von ausschlaggebenden neuen Beweismitteln zulässige Revision.

Unterscheidung zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln, da die Definition der Rechtskraft ihrerseits wiederum von der Zulässigkeit von ordentlichen Rechtsmitteln abhängt.

Ein anderes Unterscheidungskriterium ist daher vonnöten. Was sich dazu eignen könnte, sei im Folgenden dargelegt:

b) «Funktioneller Instanzenzug»?

Ordentliche Rechtsmittel schliessen typischerweise unmittelbar an ein vorangegangenes Verfahren an und bringen «die Streitsache vor die nächsthöhere Instanz *gemäss der Ordnung der funktionellen Zuständigkeit*»³⁸. Dies im Gegensatz zu den ausserordentlichen Rechtsmitteln, welche ein eigenständiges (neues) Verfahren eröffnen und bezwecken, die formelle Rechtskraft zu beseitigen *nachdem* der «funktionelle Instanzenzug» abgebrochen wurde³⁹.

Eine ähnliche Terminologie findet sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich der staatsrechtlichen Beschwerde und diene dem Bundesgericht mehrfach zur Auslegung von Verfahrensbestimmungen⁴⁰. Allerdings zeichnet sich diese Rechtsprechung geradezu dadurch aus, dass sie nicht näher darlegt, wie zwei verschiedene Verfahren von einem funktionell zusammenhängenden unterschieden werden können.

Immerhin lassen sich mit diesem Kriterium zumindest diejenigen Rechtsmittel als ausserordentlich qualifizieren, die auch nach Ablauf der mit dem Entscheid beginnenden (Rechtsmittel-)Frist (d.h. nach Beendigung des ersten Verfahrens) noch zulässig sind bzw. zulässig werden⁴¹. Für die Qualifikation von Rechtsmitteln hingegen, die zeitlich an das erste Verfahren anschliessen, bedarf es einer Klarstellung darüber, was unter einem «funktionellen Instanzenzug» zu verstehen ist.

³⁵ Vgl. statt vieler: KÖLZ/HÄNER (Fn. 30), Rn. 396; R. RHINOW/H. KOLLER/CH. KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996 Rn. 612 ff.

³⁶ So z.B. RHINOW/KOLLER/KISS (Fn. 35), Rn. 612 ff.; O. VOGEL/K. SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, § 8 Rn. 62.

³⁷ So RHINOW/KOLLER/KISS (Fn. 35), Rn. 867; VOGEL/SPÜHLER (Fn. 36), § 13 Rn. 35.

³⁸ KÖLZ/HÄNER (Fn. 30), Rn. 396, vgl. auch 1. Aufl., Rn. 175: Sie «führen durch den funktionellen Instanzenzug hindurch».

³⁹ KÖLZ/HÄNER (Fn. 30), Rn. 396.

⁴⁰ Beispielsweise bezüglich *Beschwerdelegitimation*: (Unerheblichkeit kantonalen Normen, da «ein neues, andersartiges Verfahren eröffnet» werde: vgl. BGE 99 Ia 255; 98 Ia 5; 96 I 547; 91 I 416). Ferner bezüglich *Begründungspflicht* der staatsrechtlichen Beschwerde (BGE 83 I 271). Letztere wurde hingegen bei Fällen mit freier Kognition in erster Linie mit

c) *Kognition der Rechtsmittelinstanz?*

Bezüglich der (alten) strafrechtlichen Verjährung bediente sich die Rechtsprechung eines anderen Kriteriums zur Abgrenzung: «Entscheidend [sei] der Umfang der oberinstanzlichen Kognitionsbefugnis»⁴².

Dies Kriterium erscheint allerdings für eine generelle Abgrenzung zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln nicht geeignet, zumal das Bundesgericht (wenn auch in anderem Zusammenhang) eingesteht, dass es kantonale ordentliche Rechtsmittel gibt, mit denen bloss Rügen erhoben werden können, für die nach anderen Prozessordnungen ein ausserordentliches Rechtsmittel zur Verfügung steht⁴³. Der Umfang der oberinstanzlichen Kognitionsbefugnis beschlägt gemäss h.L. denn auch die Unterscheidung zwischen vollkommenen und unvollkommenen Rechtsmitteln und hat grundsätzlich nichts mit deren Ordentlichkeit zu tun⁴⁴.

d) *Streitgegenstand?*

Als weiteres Unterscheidungskriterium wird (insbesondere in der privatrechtlichen Lehre) angeführt, dass ordentliche Rechtsmittel den Prozess über den bisherigen Streitgegenstand fortsetzen, während der Streitgegenstand bei ausserordentlichen Rechtsmitteln ein anderer sei⁴⁵. Im ausserordentlichen Verfahren bilde nicht das ursprüngliche Rechtsbegehren Streitgegenstand, sondern die Frage, ob die ergangene Entscheidung aufzuheben sei⁴⁶.

Dem kann insofern zugestimmt werden, als Prozesse mit einem vom ersten Prozess abweichenden Streitgegenstand kaum als «ordentliche» Fortsetzung des ersten Verfahrens aufgefasst werden können.

Allerdings ist zu betonen, dass die blosser Einschränkung der Kognition den Streitgegenstand als solchen

nicht verändert; eingeschränkte Kognition bedeutet lediglich Prüfung eines Streitgegenstands auf eingeschränkter Erkenntnisbasis und nicht notwendigerweise Prüfung eines anderen Gegenstandes.

Hinzu kommt, dass der Streitgegenstand nicht auf eine bestimmte rechtliche Qualifikation beschränkt ist⁴⁷. Streitgegenstand ist das Rechtsbegehren gestützt auf einen bestimmten Lebenssachverhalt, wobei jede Behörde gehalten ist, eine unter allen rechtlichen Aspekten korrekte Entscheidung zu erlassen (*iura novit curia*)⁴⁸. Sofern daher (materielle) Mängel am *Inhalt* des vorinstanzlichen Verfahrens vorgebracht werden, sofern mithin gerügt wird, dass das ursprüngliche Rechtsbegehren bei korrekter Anwendung der anwendbaren Rechtssätze gestützt auf den gleichen Lebenssachverhalt hätte gutgeheissen werden müssen, wird damit der ursprüngliche Streitgegenstand weder ausgedehnt noch verändert⁴⁹. Was auch immer an der Rechtsanwendungstätigkeit der Vorinstanz (zulässigerweise) gerügt wird, war vom Streitgegenstand im vorinstanzlichen Verfahren erfasst⁵⁰. Mithin liegt in diesen Fällen (solange kein abweichender Lebenssachverhalt vorgebracht wird und solange sich die Rüge einzig auf den Inhalt und nicht die Form des vorinstanzlichen Verfahrens bezieht) ein identischer Streitgegenstand vor. Dass die Rechtsmittelinstanz nicht mehr sämtliche Aspekte prüft, vermag daran nichts zu ändern.

Damit ist jedoch aufgezeigt, dass auch klassischerweise als ausserordentlich qualifizierte Verfahren (wie z. B. dasjenige einer staatsrechtliche Beschwerde) je nach den Umständen bzw. den Rügen als ordentliche Rechtsmittelverfahren qualifiziert werden müssen⁵¹. Dies gilt umso mehr, da auch in diesen Verfahren die Rechtsmittelinstanz befugt sein kann, ein reformatorisches Urteil zu fällen⁵².

Es erscheint daher nicht angebracht, Rechtsmittel per se als ordentlich oder ausserordentlich zu qualifizieren. Je nach erhobener Rüge ändert sich der Charakter eines Rechtsmittels. Qualifiziert werden sollte deshalb nicht ein Rechtsmittel als solches, sondern jeweils nur ein einzelnes Rechtsmittelverfahren, je nach vorgebrachter Rüge.

⁴² Vgl. statt vieler: BGE 111 IV 91. Immerhin gilt zu beachten, dass die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde nicht seit jeher gleich qualifiziert wurde: BGE 105 IV 307; anders noch BGE 73 IV 14; 72 IV 106, vgl. dazu: M. WAIBLINGER, ZBJV; 1949, 435: «die reichlich komplizierte Begründung wäre [...] nicht erforderlich, würde man der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht (entgegen der Lehre) den Charakter eines ordentlichen Rechtsmittels einräumen.»

⁴³ BGE 122 IV 321.

⁴⁴ Vgl. VOGEL/SPÜHLER (Fn. 36), § 13 Rn. 29.

⁴⁵ Vgl. etwa H. U. WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 1996, § 39 Rn. 7; ähnlich auch Marti (Fn. 40), Ziff. 29.

⁴⁶ GULDENER, ZPR (Fn. 33), Rn. 362.

⁴⁷ GULDENER, ZPR (Fn. 33), Rn. 362.

⁴⁸ «Das globale Rechtsbegehren ist unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen»: W. J. HABSCHEID, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, Rn. 382 ff.

⁴⁹ Als Beispiel diene etwa die Rüge, die Verweigerung einer Haftentlassung sei EMRK-widrig (vgl. BGE 107 Ia 256) oder die Verweigerung eines Gastwirtschaftspatents verletze verfassungsmässige Rechte (vgl. Fn. 50 und Fn. 51).

⁵⁰ Anders wohl MARTI (Fn. 40), Ziff. 29, der in dem von ihm angeführten Beispiel davon ausgeht, dass die Respektierung der Handels- und Gewerbefreiheit nicht Gegenstand des kantonalen Verfahrens über die Erteilung eines Gastwirtschaftspatents sei und sich aus diesem Grund der Streitgegenstand des kantonalen Verfahrens von demjenigen der staatsrechtlichen Beschwerde unterscheidet.

⁵¹ Als Beispiel diene BGE 107 Ia 257: Staatsrechtliche Beschwerde, Streitgegenstand: Haftentlassung.

⁵² Wohl alle sog. ausserordentlichen Rechtsmittel können in bestimmten Fällen zu einem reformatorischen Urteil führen, sodass sie i.d.R. lediglich als «regelmässig» kassatorisch bezeichnet werden, vgl. etwa VOGEL/SPÜHLER (Fn. 36), § 13 Rn. 41.

2. Ergebnis

Keines der erwähnten Kriterien erlaubt eine klare Abgrenzung zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln: Entweder beruhen die Kriterien auf einer Tautologie (wie dasjenige der formellen Rechtskraft des angefochtenen Entscheides), sind gänzlich untauglich (wie die Kognition der Rechtsmittelinstanz) oder bedürfen einer Präzisierung (wie das Kriterium des «funktionellen Instanzenzugs») anhand eines anderen Kriteriums (wie dem Streitgegenstand).

Da sich je nach erhobener Rüge der Charakter eines Rechtsmittels verändert, erscheint es angebracht, nicht Rechtsmittel als solche, sondern nur ein spezifisches Verfahren als ausserordentlich oder ordentlich zu qualifizieren. Immerhin ergeben sich aus obigen Überlegungen gewisse Anhaltspunkte für eine Qualifikation. Diese seien im konkreten Beispiel auf die Weiterbehandlung angewendet.

IV. Weiterbehandlung als ausserordentliches Rechtsmittel

Das Weiterbehandlungsverfahren erscheint zweiteilig: In einem ersten Schritt wird überprüft, ob die drei Voraussetzungen der Weiterbehandlung erfüllt sind⁵³. Ist dies der Fall,

schreitet das Institut zur Prüfung des ursprünglichen Gesuchs.

Das Weiterbehandlungsverfahren schliesst zwar zeitlich an das erstinstanzliche Verfahren an. Im Rahmen des ersten Schritts – und dieser erscheint für die Qualifikation entscheidend – ist Streitgegenstand allerdings nicht, ob das ursprüngliche Gesuch gutzuheissen sei oder nicht. Geprüft wird nur, ob die drei Voraussetzungen für eine Weiterbehandlung erfüllt sind. Mithin unterscheidet sich der Streitgegenstand dieses entscheidenden Teils klarerweise von demjenigen des ursprünglichen Verfahrens. In diesem Schritt steht sodann auch nur die Aufhebung des ursprünglichen Entscheids zur Diskussion⁵⁴.

Infolgedessen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das Verfahren der Weiterbehandlung als ausserordentliches Verfahren zu qualifizieren ist.

Das Gesuch um Weiterbehandlung liesse sich wohl als besonderes (und qualifiziertes) Wiedererwägungsgesuch bezeichnen, das durch eine explizite gesetzliche Grundlage dadurch qualifiziert ist, dass gewisse neue Tatsachen (Antrag, Nachholen der versäumten Handlung, Entrichtung der Gebühr) als «neue erhebliche Tatsachen» gelten und infolgedessen deren Behauptung zu einem Anspruch auf Behandlung und deren rechtsgenügender Beweis zur Gutheissung des Wiedererwägungsgesuchs führen⁵⁵.

Allerdings bleibt festzuhalten, dass sich die Weiterbehandlung doch erheblich unterscheidet von anderen ausserordentlichen Rechtsmitteln: Bei diesen bestehen nämlich typischerweise hohe Anforderungen zur Gutheissung, da nur eine qualifi-

zierte Unrichtigkeit zur Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils führen soll. Dieser Charakteristik wird die Weiterbehandlung (anders wohl als Wiedereinsetzung und Wiederherstellung) nicht gerecht, so dass bezüglich der Qualifikation doch gewisse Vorbehalte anzubringen sind, was sich – wie sogleich zu zeigen ist – insbesondere auf die Pflicht zur Aufnahme in die Rechtsmittelbelehrung auswirkt.

V. Konsequenzen der Qualifikation der Weiterbehandlung

1. Aufnahme in Rechtsmittelbelehrung

Art. 35 VwVG verpflichtet sämtliche Behörden des Bundes, ihre Verfügungen mit Rechtsmittelbelehrungen zu versehen und darin «das zulässige ordentliche Rechtsmittel» zu nennen. E contrario wird daraus geschlossen, dass *ausserordentliche* Rechtsmittel nicht notwendiger Bestandteil von Rechtsmittelbelehrungen sind⁵⁶.

Dieser Schluss ist indes – da jeder *e contrario*-Schluss im Wesentlichen auf einer Wertung beruht⁵⁷ – nicht zwingend: Der Gesetzgeber geht implizit von der Annahme aus, dass der Verfügungsadressat die zulässigen ordentlichen Rechtsmittel nicht kennt und auch nicht zu kennen hat. In einem gewissen Sinne wird Unkenntnis vermutet⁵⁸. Gleichzeitig erfordert insbesondere der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass der Verfügungsadressat in die Lage versetzt wird, Rechtsmittel ergreifen zu können, um so seine Interessen zu wahren⁵⁹. Da aber kaum davon auszugehen ist, dass dieser besser über ausserordentliche Rechtsmittel informiert ist als über ordentliche, und da auch das Ergreifen ausserordentlicher Rechtsmittel zur Wahrung seiner Interessen erforderlich sein kann, ergibt sich (in Hinblick auf die Zweckausrichtung der

⁵³ Genau besehen kann auch dieser Schritt unterteilt werden in eine Zulässigkeits- und eine Begründetheitsprüfung: Ob ein frist- und formgerechter Antrag vorliegt, ist Eintretensfrage. Ob die Handlung nachgeholt wurde und ob die Gebühr entrichtet wurde, gehört hingegen zur materiellen Prüfung.

⁵⁴ Vgl. BGE 121 V 5, wo solche Rechtsmittel als «Rückkommenstitel» bezeichnet werden.

⁵⁵ Vgl. zum qualifizierten Wiedererwägungsgesuch sowie zum Erfordernis der «neuen erheblichen Tatsachen» resp. der «wesentlich veränderten Umstände»: BGE 113 Ia 149 f.; BGE 124 II 6.

⁵⁶ Vgl. z. B. HÄFELIN/MÜLLER (Fn. 30), Rn. 1301.

⁵⁷ E. A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 152 ff.

⁵⁸ BGE 119 IV 333.

⁵⁹ Art. 29 BV; vgl. BGE 129 I 236 ff. m. H. und BGE 126 I 102.

Rechtsmittelbelehrung), dass die Erwähnung der Zulässigkeit von ausserordentlichen Rechtsmitteln nicht nur erwünscht, sondern u.U. gar geboten sein kann. Dies umso mehr als die Rechtsmittelbelehrung den Eindruck von Vollständigkeit erwecken kann⁶⁰.

Bei der Weiterbehandlung stellt sich durchaus die Frage, ob sie nicht – trotz Qualifikation als ausserordentliches Rechtsmittel – in die Rechtsmittelbelehrung aufgenommen werden sollte. Das IGE nimmt denn auch diesen Hinweis regelmässig vor und legt teilweise gar der ablehnenden Verfügung einen Einzahlungsschein für die Weiterbehandlungsgebühr bei⁶¹.

Für die Pflicht zur Erwähnung spricht namentlich, dass – anders als bei anderen sog. ausserordentlichen Rechtsmitteln – die Zulässigkeit einer Weiterbehandlung auch von der verfügenden Behörde mit hinreichender Gewissheit abgeschätzt werden kann: Eine Weiterbehandlung ist jeweils zulässig, wenn Grund für die Ablehnung eines Gesuchs eine Fristversäumnis war. In diesen Fällen ist daher das IGE m.E. verpflichtet, die Weiterbehandlung in die Rechtsmittelbelehrung aufzunehmen.

2. Verhältnis zur Beschwerde

Neben der Weiterbehandlung steht die Beschwerde an die Rekurskommission für geistiges Eigentum offen (vgl. etwa Art. 32 DesG). Diese muss innert 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung des Instituts erhoben werden (Art. 52 VwVG). Es handelt sich um ein vollkommenes Rechtsmittel mit grundsätzlich aufschiebender Wirkung.

Aufgrund des Novenrechts kann ein Gesuchsteller auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens durch Vornahme der versäumten Handlung die Neuüberprüfung des ursprünglichen Gesuchs erwirken und so – gleich wie bei einem Gesuch um

Weiterbehandlung – die Fristversäumnis «heilen»⁶².

Ob der Gesuchsteller zwischen diesen beiden Rechtsmitteln frei wählen darf oder nicht, bestimmt sich nach der Begründung des Entscheids des IGE:

Sofern das Institut ein Gesuch *einzig wegen Versäumnis* einer Frist zurückgewiesen hat, vermögen grundsätzlich beide Rechtsmittel die Versäumnis «unschädlich» zu machen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob – aufgrund der Spezialität des Instituts der Weiterbehandlung – in solchen Fällen die Beschwerde ausgeschlossen ist. Für eine «parallele» Zulässigkeit spricht, dass Zweck der Weiterbehandlung ist, unbillige Konsequenzen von Fristversäumnissen zu beseitigen, dass mithin der Säumige (durch Einräumung einer zusätzlichen Beschwerdemöglichkeit) besser gestellt werden sollte⁶³. Auf den ersten Blick hingegen erscheint es stossend, dass ein Gesuchsteller ohne weiteres ein kostspieliges Rechtsmittelverfahren eröffnen kann, obwohl ihm das einfache Verfahren der Weiterbehandlung offen stehen würde, welches ebenfalls geeignet wäre, seine Säumnis im ersten Verfahren zu beheben. Dieser Unbilligkeit kann indes mit einer entsprechenden Kostenregelung entgegengewirkt werden⁶⁴. Mit anderen Worten kann indes Kostenargument nicht dazu führen, dass dem Gesuchsteller der Beschwerdeweg verschlossen bleibt. Immerhin gilt es zu beachten, dass das IGE – sollte ein Gesuchsteller den Beschwerdeweg gewählt haben – im Rahmen der Vernehmlassung auf seinen Entscheid zurückkommen kann, sofern die Voraussetzungen einer Weiterbehandlung erfüllt sind⁶⁵. Auch so kann (und sollte) ein kostspieliges Beschwerdeverfahren vermieden werden.

Gleich zu behandeln ist auch der Fall, da das Institut in seiner Begründung *offen gelassen* hat, ob neben der Fristversäumnis noch andere

Gründe (Reserve-Argumente) gegen eine Gutheissung des Gesuchs sprechen. Diesfalls kann sich das IGE insbesondere auch nicht durch Weiterleitung des Weiterbehandlungsgesuches der Beurteilung entledigen. Sofern die Voraussetzungen zur Weiterbehandlung erfüllt sind, ist das Gesuch erneut zu beurteilen und gegebenenfalls aufgrund des Reserve-Arguments abzulehnen. Eine Verweigerung der Entscheidung würde das rechtliche Gehör des Antragstellers verletzen.

Selbstredend kann mit der Weiterbehandlung nicht erreicht werden, dass ein (auch) *aus anderen Gründen* als wegen Fristversäumnis

⁶⁰ Vgl. zum Zusammenhang zwischen Rechtsmittelbelehrung und Vertrauensschutz: BGE 122 V 194; 119 IV 333 sowie BGE 117 Ia 297.

⁶¹ Vgl. BGer sic! 2003, 448 E. 3.1, «Katheter»; RKGE, sic! 4/2005, 297, «Weiterbehandlungsantrag».

⁶² Die Rekurskommission legt ihrer Entscheidung denjenigen Sachverhalt zugrunde, wie er sich im Zeitpunkt ihrer Entscheidung verwirklicht hat und bewiesen ist. Immerhin riskiert der Gesuchsteller, dass ihm vorgeworfen wird, dass er aus nicht ersichtlichen Gründen versäumt habe, die entsprechende Handlung schon im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens vorzunehmen, was aufgrund des Verursacherprinzips zu einer Kostenüberwälzung auf ihn führt (vgl. RKGE vom 21. Februar 2000, MA-AA 11/99).

⁶³ Vgl. dazu auch KRAMER (Fn. 57), 84: Ausschliesslicher Vorrang der *lex specialis* nur wenn die *lex specialis* die Geltendmachung von Ansprüchen an insgesamt einschränkendere (ungünstigere) Bedingungen knüpft als die *lex generalis*.

⁶⁴ Vgl. Fn. 62.

⁶⁵ Vgl. oben I.1.; zu den Voraussetzungen gehört aber insbesondere auch die Entrichtung der Weiterbehandlungsgebühr. M.E. sollte daher das IGE im Rahmen der Vernehmlassung dem Beschwerdeführer durch Zustellung eines Einzahlungsscheins die Gelegenheit geben, diese Einzahlung vorzunehmen. Dem Beschwerdeführer seinerseits ist zu empfehlen, die Weiterbehandlungsgebühr jedenfalls, d.h. auch bei Ergreifen einer Beschwerde, zu entrichten.

abgewiesenes Gesuch seine Wirksamkeit verliert. In diesen Fällen ist Beschwerde an die Rekurskommission zu führen, da sich die durch die Weiterbehandlung erstrebte Privilegierung lediglich auf Fristversäumnisse erstreckt. Sofern dennoch ein Weiterbehandlungsgesuch eingereicht wird, ist dieses als Beschwerde an die Rekurskommission weiterzuleiten.

3. Form des Gesuchs um Weiterbehandlung

Wird das Gesuch um Weiterbehandlung wie vorliegend als Rechtsmittel qualifiziert, ergibt sich daraus die Konsequenz, dass es grundsätzlich nicht zulässig erscheint, ein solches Gesuch formlos zu stellen. Mangels besonderer Vorschriften kommt das VwVG zur Anwendung, das insbesondere (Unter-)Schriftlichkeit vor-

aussetzt⁶⁶, wobei neuerdings auch elektronische Signaturen ausreichend sind⁶⁷. Dass ein Schriftlichkeitserfordernis besteht, wird ausserdem bestätigt durch den geltenden Gesetzeswortlaut, wo von einem «Antrag» die Rede ist, der «eingereicht» werden muss⁶⁸. Gemäss konstanter Praxis der eidgenössischen Gerichts- und Beschwerdeinstanzen gelten Rechtsmittel ferner nur dann als rechtsgültig eingereicht, wenn sie eine originale, handschriftliche Unterschrift enthalten⁶⁹. Fehlt eine solche, ist der Beschwerdeführer – entweder gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus oder gemäss Art. 52 Abs. 2 VwVG – darüber in Kenntnis zu setzen und es ist ihm u. U. eine Nachfrist einzuräumen, damit er diesen Mangel beheben kann⁷⁰. Keine Nachfrist wird hingegen gemäss bundesgerichtlicher Praxis gewährt, wenn ein Beschwerdeführer bewusst auf die Einhaltung der gesetzlichen Form verzichtet hat, namentlich wenn er ein Rechtsmittel per Fax eingereicht hat⁷¹.

Für Weiterbehandlungsgesuche lehnen Lehre und Praxis das Schriftlichkeitserfordernis indes ab⁷². In einem kürzlich ergangenen Entscheid hat die Rekurskommission nun festgehalten, dass durch die Begleichung der Rechnung mittels des zugestellten Einzahlungsscheins den gesetzlichen Erfordernissen Genüge getan werde, solange die Zahlung problemlos dem einzelnen Dossier

zugeordnet werden könne, und dass das Beharren auf einem schriftlichen Weiterbehandlungsantrag überspitzten Formalismus darstelle, wenn dieser Einzahlungsschein tatsächlich bestimmungsgemäss verwendet worden sei⁷³. Das IGE hat daraufhin bekannt gegeben, dass es inskünftig auf das Schriftlichkeitserfordernis verzichten werde⁷⁴.

Diese Praxisänderung ist vom Ergebnis her zu begrüssen: Sie vereinfacht das Verfahren der Weiterbehandlung und erweitert die durch das Institut der Weiterbehandlung beabsichtigte Privilegierung des Säumnigen in formaler Sicht. Auch erscheint der Entscheid der Reko im konkret zu beurteilenden Sachverhalt durchaus angebracht: In der Tat erscheint es überspitzt formalistisch, ein Weiterbehandlungsgesuch einzig mangels schriftlichem Antrag ohne weiteres abzulehnen, wenn die Weiterbehandlungsgebühr mit dem dafür vorgesehenen Einzahlungsschein bezahlt wurde und der Gesuchsteller damit seinen Willen kundgetan hat.

Wie sehr diese Praxisänderung auch zu begrüssen ist – einige Einwände bleiben: Zu beachten wäre namentlich gewesen, dass das Verbot des überspitzten Formalismus nur, aber immerhin, gebietet, dass die Behörde dem Privaten die Gelegenheit einräumt, einen Formmangel zu beheben. Der leicht erkennbare Formfehler bewirkt – wie oben beschrieben und anders als der Schutz des berechtigten Vertrauens⁷⁵ – lediglich eine Informationspflicht der Behörde und entbindet nicht von der Erfüllung sämtlicher gesetzlicher Anforderungen innert der gesetzlichen Frist, sofern nicht allenfalls eine Nachfrist gewährt wird.

Die Rekurskommission ging mit ihrem Entscheid einen mutigen Schritt weiter: In Abweichung zur Praxis sämtlicher anderen Bundesbehörden und anders als in Art. 52 Abs. 2 VwVG vorgesehen, erachtete

⁶⁶ Art. 52 VwVG i.V.m. Art. 13 ff. OR.

⁶⁷ Seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur vom 19. Dezember 2003, BBl 2003, 8221 ist «der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt [...] die qualifizierte elektronische Signatur, die auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten im Sinne des Bundesgesetzes über die elektronische Signatur vom 19. Dezember 2003 beruht.» (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR).

⁶⁸ Art. 31 Abs. 2 DesG; Art. 46a Abs. 2 PatG; Art. 41 Abs. 2 MSchG; vgl. auch Art. 41 Abs. 1 nMSchG (Fn. 20).

⁶⁹ BGE 121 II 254 f.; Entscheid der Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) vom 15. Oktober 1997, VPB 62.13, E. 3e.; vgl. aber auch Fn. 67.

⁷⁰ BGE 114 Ia 24: «à moins que le droit applicable ne le prévoie, l'autorité n'est pas tenue de prolonger un délai en cas de dépôt d'un acte de recours non signé. En revanche [...] elle doit en aviser l'auteur»; BGE 121 II 255; vgl. auch Art. 30 Abs. 2 OG.

⁷¹ BGE 121 II 255 f.; anders: Entscheid der ARK (Fn. 69), E. 3 und Verfügung der ARK vom 13. Dezember 1993, VPB 59.56.

⁷² Vgl. etwa R. BLUM/M. M. PEDRAZZINI, Das schweizerische Patentrecht, Bern

1959, Bd. II, 660 zu Art. 32 aVVo I; vgl. zur Praxis oben ad Fn. 61.

⁷³ RKGE, sic! 4/2005, 297, «Weiterbehandlungsantrag».

⁷⁴ Bekanntmachung des IGE vom 10. Dezember 2004, <http://www.eige.ch/D/jurinfo/documents/f10021d.pdf>.

⁷⁵ Vgl. hierzu BGE 124 II 270: Der Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben gebietet u. U., dass eine Frist zur Vornahme einer Handlung als eingehalten gilt, sofern die Behörde durch ihr Verhalten das Vertrauen erweckt hat, dass die Vornahme dieser Handlung nicht nötig sei (vgl. auch BGE 116 Ib 398).

sie das Beharren auf der Einhaltung der Schriftlichkeitsform *per se* als überspitzt formalistisch, sofern auf andere Weise – namentlich durch Bezahlung der Weiterbehandlungsgebühr – ersichtlich sei, dass der Gesuchsteller einen entsprechenden Antrag zu stellen wünscht. Dies notabene selbst dann, wenn er auf die Schriftlichkeitsform absichtlich verzichtet hat. Damit verhalf die Rekurskommission dem eigentlich noch nicht in Kraft getretenen Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht zu einer Vorwirkung. Dieses bestimmt nämlich, dass das Schriftlichkeitserfordernis von Art. 52 VwVG ganz weg falle, wobei immerhin erforderlich bleibe, «dass der Wille des Gesuchstellers klar erkennbar ist»⁷⁶.

Die Abschaffung des Schriftlichkeitserfordernisses durch Richterspruch geht m. E. allzu weit: Gestützt auf die geltende Gesetzeslage (und analog zur Rechtsprechung der übrigen Bundesbehörden) wäre wohl vom Gesuchsteller die Nachreichung eines formell korrekten Gesuchs innert kurzer Nachfrist zu verlangen gewesen. Diese Lösung hätte nicht nur der gesetzlichen Regelung nach Art. 52 Abs. 2 VwVG entsprochen, sondern erschiene auch zur Wahrung des Verfügungsrechts des Gesuchstellers über das Schutzrecht angebracht⁷⁷. Ausserdem könnte das Beharren auf Nachreichen eines schriftlichen Gesuchs angesichts der geltenden Rechtslage wohl kaum als überspitzt formalistisch betrachtet werden.

Durch den mutigen Entscheid der Rekurskommission sowie die Bekanntmachung der Praxisänderung durch das IGE steht man nun allerdings vor vollendeten Tatsachen: Private sind nunmehr in ihrem Vertrauen darauf zu schützen, dass – contra legem – inskünftig auch formlos gestellte Weiterbehandlungsgesuche als gültig betrachtet werden.

Zusammenfassung

In Verfahren vor dem IGE vermag ein Gesuch um Weiterbehandlung die negativen Konsequenzen der Versäumnis verfahrensrechtlicher Fristen zu heilen, indem bei Gutheissung des Weiterbehandlungsgesuchs derjenige Zustand hergestellt wird, der bei rechtzeitiger Handlung eingetreten wäre. Da selbst dann noch um Weiterbehandlung ersucht werden kann, wenn bereits eine ablehnende Verfügung ergangen ist, erscheint die Weiterbehandlung nicht als Fristverlängerung, sondern als Rechtsmittel, das die Rechtskraft der ursprünglichen Verfügung zu beseitigen vermag.

Das Rechtsmittel ist allerdings nicht etwa deshalb ein ausserordentliches, weil die Rechtskraft der ursprünglichen Verfügung eingetreten ist, ein andersartiges Verfahren eröffnet wurde, oder die Kognition eine eingeschränkte wäre. Entscheidend ist vielmehr, dass durch die im Rahmen eines Gesuchs um Weiterbehandlung vorgebrachten Rügen der Streitgegenstand des ursprünglichen Verfahrens gesprengt wird.

Trotz Qualifikation als ausserordentliches Rechtsmittel ist nach der vorliegend vertretenen Auffassung auf die Möglichkeit der Weiterbehandlung in der Rechtsmittelbelehrung hinzuweisen. Auch steht die Weiterbehandlung grundsätzlich im Verhältnis der Alternativität zur Beschwerde an die Rekurskommission. Aussergewöhnlich für ein Rechtsmittel erscheint sodann, dass gemäss unlängst erfolgter Praxisänderung Weiterbehandlungsgesuche auch konkludent, namentlich durch Bezahlung der Weiterbehandlungsgebühr, gestellt werden können.

Résumé

Dans les procédures devant l'IPI, la demande de poursuite de la procédure peut avoir un effet guérisseur sur les conséquences négatives de l'inobserva-

tion des délais de procédure, dans la mesure où l'admission de la demande entraîne le rétablissement de l'état qui aurait été celui si l'acte omis avait été entrepris à temps. Comme il est même possible de requérir la poursuite de la procédure alors qu'une décision négative a déjà été rendue, la poursuite de la procédure ne semble plus constituer une prolongation de délai mais bien une voie de droit permettant d'annuler l'entrée en force de la première décision.

Ce n'est toutefois pas parce que la première décision est entrée en force, ou qu'une procédure différente a été ouverte ou encore que la cognition est restreinte qu'il s'agit d'une voie de droit extraordinaire. Ce qui en fait une telle voie de droit, c'est que les griefs soulevés dans le cadre d'une demande de poursuite de procédure sortent du cadre de l'objet du litige de la procédure initiale.

En dépit de sa qualification comme voie de droit extraordinaire, la poursuite de la procédure doit, de l'avis de l'auteur, figurer dans l'indication des voies de recours. La poursuite de la procédure constitue en principe aussi une alternative par rapport au recours devant la Commission. Il semble enfin inhabituel pour une telle voie de droit que la poursuite de la procédure puisse, selon un changement récent de la pratique, être demandée par acte concluant, soit par le paiement de la taxe de poursuite de la procédure.

⁷⁶ Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, 4417; vgl. oben ad Fn. 13.

⁷⁷ Vgl. BLUM/PEDRAZZINI (Fn. 72), 660: Vorstellbar ist nämlich, dass ein uneteiligter Dritter durch Bezahlung der Weiterbehandlungsgebühr ein Weiterbehandlungsverfahren lostritt. Diesfalls muss dem Schutzrechtsinhaber zumindest ein «Vetorecht» zugestanden werden.