



# BUNDESPATENTGERICHT

5 W (pat) 14/04

---

(AktENZEICHEN)

Verkündet am  
17. Januar 2005

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Gebrauchsmusteranmeldung 200 23 377.7**

(hier: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)

hat der 5. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 2005 unter Mitwirkung der Richterin Werner als Vorsitzender sowie durch den Richter am LG Müller und den Richter Reker

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluß des Deutschen Patent- und Markenamts - Gebrauchsmusterstelle - vom 26. Februar 2004 wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I**

Der Antragsteller hat am 29. September 2003 eine Gebrauchsmusteranmeldung mit der Bezeichnung "Fahrzeug-Navigationssystem" beim Deutschen Patent- und Markenamt eingereicht. Für diese Anmeldung hat er den für die deutsche Patentanmeldung 100 61 696.8 maßgebenden Anmeldetag vom 12. Dezember 2000 in Anspruch genommen. Diese Patent-Anmeldung war mit Beschluß vom 22. Juli 2002 zurückgewiesen, der Beschluß war dem Antragsteller am 30. Juli 2002 zugestellt worden. Zusammen mit seiner Gebrauchsmusteranmeldung hat der Antragsteller den Antrag gestellt, ihn wieder einzusetzen in die Frist für die Abzweigungserklärung.

Der Antragsteller meint, daß er die 2-Monats-Frist nach § 5 Abs 1 Satz 3 GebrMG ohne Verschulden versäumt habe und deswegen die Wiedereinsetzung in diese Frist zu Recht beantrage. Zu den tatsächlichen Gründen für die Fristversäumung hat der Antragsteller wie folgt vorgetragen:

Nachdem sich abgezeichnet habe, daß seine Patentanmeldung 100 61 696.8 wahrscheinlich zurückgewiesen werden würde, hätten der Antragsteller und sein Patentanwalt das weitere Vorgehen im einzelnen besprochen. Dabei sei ua die Einreichung einer Abzweigungs-Gebrauchsmusteranmeldung in Betracht gezogen worden. Später habe sich der Antragsteller dazu entschlossen, seine Patentanmeldung nicht weiter zu verfolgen. Dementsprechend habe er mit Eingabe vom

17. Mai 2002 beim DPMA eine Entscheidung nach Aktenlage beantragt. Die Entscheidung für oder gegen die Einreichung einer abgezwigten Gebrauchsmusteranmeldung habe sich der Antragsteller aus Kostengründen möglichst lange offenhalten wollen. Am 30. Juli 2002 sei ihm der erwartete Zurückweisungsbeschuß in Bezug auf die Patentanmeldung zugestellt worden. In einem Telefonat vom 28. August 2002 habe der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers diesen nochmals mit allem Nachdruck darauf aufmerksam gemacht, daß nunmehr die abgezwigte Gebrauchsmusteranmeldung, wenn gewünscht, bis spätestens 30. September 2002 eingereicht werden müsse und daß keine weitere Erinnerung daran durch seinen Verfahrensbevollmächtigten erfolgen werde.

Am Samstag, den 21. September 2002, habe der Antragsteller seine Ehefrau darum gebeten, auf jeden Fall in der darauffolgenden Woche den Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers anzurufen und ihn mit der Einreichung einer abgezwigten Gebrauchsmusteranmeldung zu beauftragen. Der Antragsteller selbst habe zu diesem Zeitpunkt vor dem Antritt einer "mehr als einwöchigen" anstrengenden Geschäftsreise gestanden und habe sich um die Gebrauchsmusteranmeldung nicht mehr kümmern können. Zu welchem Zeitpunkt der Antragsteller von dieser Geschäftsreise zurückgekehrt ist, ist nicht vorgetragen worden.

Frau L... habe die Erledigung des Auftrages ihres Mannes vergessen. Diese Tatsache habe sich etwa ein Jahr später, bei einem Gespräch am 14. September 2003 zwischen dem Antragsteller und seiner Ehefrau herausgestellt.

Frau L... sei nicht berufstätig und gewöhnt, als "Gehilfin" für ihren Mann, der beruflich sehr eingespannt sei, geschäftliche Vorgänge zu erledigen.

Frau L... habe solche Aufgaben über viele Jahre zuverlässig und sorgfältig erledigt, ohne daß bisher irgendeine wichtige Angelegenheit zu spät oder überhaupt nicht erledigt worden wäre. Deswegen sei die Unterlassung der erbetenen Beauftragung des Verfahrensbevollmächtigten ihres Mannes ein isoliertes, unvorhersehbares Ereignis.

Mit Zwischenbescheid vom 27. November 2003 hat die Gebrauchsmusterstelle dem Antragsteller mitgeteilt, daß mit einer Wiedereinsetzung nicht gerechnet werden könne, weil der Antrag nicht gem § 123 Abs 2 Satz 1 PatG iVm § 21 Abs 1 GebrMG innerhalb von 2 Monaten nach Wegfall des Hindernisses gestellt worden sei. Maßgebend sei der Zeitpunkt, zu dem die Unkenntnis des Antragstellers von dem Unterbleiben der Anmeldung eines Gebrauchsmusters nicht mehr unverschuldet gewesen sei. Der Antragsteller hätte spätestens Anfang des Jahres 2003 Bedenken haben müssen, ob die beabsichtigte Gebrauchsmusteranmeldung erfolgt war, weil Anmeldungen für dieses Schutzrecht in der Regel innerhalb von 8 bis 12 Wochen zur Eintragung des Gebrauchsmusters führten. Gegen Ende des Jahres 2002 hätte sich der Anmelder daher fragen müssen, weshalb er von seinem anwaltlichen Vertreter noch keine Nachricht über die Eintragung seines Gebrauchsmusters erhalten hatte.

Demgegenüber ist der Antragsteller bei seiner Auffassung geblieben, daß seine Unkenntnis von dem Unterbleiben der beabsichtigten Gebrauchsmusteranmeldung in der Zeit seit seiner Rückkehr von seiner Ende September 2002 angetretenen Geschäftsreise bis September 2003 unverschuldet gewesen sei. Die deutsche Patentanmeldung 100 61 696.8 sei seine erste Schutzrechtsanmeldung gewesen. Im übrigen habe er sich auf die Zuverlässigkeit seiner Ehefrau und seines Verfahrensbevollmächtigten verlassen können und dürfen.

Für seine Rechtsauffassung hat sich der Antragsteller auf eine Reihe von Gerichtsentscheidungen berufen.

Mit Beschluß vom 26. Februar 2004 hat die Gebrauchsmusterstelle den Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist nach § 5 Abs 1 Satz 3 zur Einreichung einer Gebrauchsmusteranmeldung mit der Erklärung, daß der für die deutsche Patentanmeldung 100 61 696.8 maßgebende Anmeldetag in Anspruch genommen werde, zurückgewiesen und diesen Beschluß auf der Linie des Bescheides vom 27. November 2003 begründet.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die Beschwerde des Antragstellers, der für die Entscheidung des Gerichts folgendes zu Bedenken gegeben hat: Ende August 2002 sei ihm nach langjähriger Zugehörigkeit zu einem Unternehmen gekündigt worden. Mit Wirkung vom 1. September 2002 habe er eine neue Tätigkeit aufgenommen. Diese beruflichen Umstellungen hätten ihn sehr in Anspruch genommen. Bei allem Stolz des Antragstellers auf seine Erfindung gehöre die erfinderische Tätigkeit nicht zu seiner beruflichen Tätigkeit.

Der Antragsteller beantragt,

den Beschluß des Deutschen Patent- und Markenamts - Gebrauchsmusterstelle - vom 26. Februar 2004 aufzuheben und dem Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Erklärung der Abzweigung aus der deutschen Patentanmeldung 100 61 696.8 im Hinblick auf die Anmeldung des Gebrauchsmusters 200 23 377.7 vom 29. September 2003 stattzugeben.

## II

Der zulässigen Beschwerde des Antragstellers bleibt der Erfolg versagt; denn die Entscheidung der Gebrauchsmusterstelle vom 26. Februar 2004 ist in der Sache nicht zu beanstanden.

Gem § 5 Abs 1 Satz 3 GebrMG kann für eine Gebrauchsmusteranmeldung der Anmeldetag einer früheren Patentanmeldung für dieselbe Erfindung bis zum Ablauf von zwei Monaten nach dem Ende des Monats in Anspruch genommen werden, in dem die Patentanmeldung sich erledigt hat. Diese Frist endete im vorliegenden Fall am Mittwoch, den 31. Oktober 2002. Der Beschluß vom 22. Juli 2002 des Deutschen Patent- und Markenamts, mit dem die Patentanmeldung des Antragstellers zurückgewiesen wurde, ist dem Antragsteller am 30. Juli 2002 zugestellt worden. Die Rechtsmittelfrist für diese Entscheidung endete daher am Frei-

tag, den 30. August 2002. Damit war die Patentanmeldung 100 61 696.8 vom 12. Dezember 2000 iSv § 5 Abs 1 Satz 3 GebrMG erledigt. Die Frist von zwei Monaten für eine abgezeigte Gebrauchsmusteranmeldung endete demzufolge am Mittwoch, den 31. Oktober 2002.

Bei dieser Sachlage ist der Wiedereinsetzungsantrag des Antragstellers statthaft iSv § 123 Abs 2 Satz 4 PatG iVm § 21 Abs 1 GebrMG, denn zum Zeitpunkt der Antragstellung am 29. September 2003 lag der Ablauf der versäumten Frist noch kein Jahr zurück.

Der Antrag des Antragstellers auf Wiedereinsetzung in die Frist für die Erklärung, daß für die Gebrauchsmusteranmeldung vom 29. September 2003 der für die deutsche Patentanmeldung 100 61 696.8 maßgebende Anmeldetag in Anspruch genommen werde, ist jedoch unbegründet, weil der Antragsteller aus eigenem Verschulden entweder die Frist für die Wahrnehmung seiner Rechte aus § 5 Abs 1 GebrMG oder die Frist von zwei Monaten nach § 123 Abs 2 Satz 1 PatG iVm § 21 Abs 1 GebrMG versäumt hat.

Sofern die Einschaltung der Ehefrau des Antragstellers für die rechtzeitige Beauftragung von dessen Verfahrensbevollmächtigten mit der Gebrauchsmusteranmeldung als Bevollmächtigung iSv § 167 BGB zu qualifizieren ist, ist das Verschulden seiner Ehefrau dem Antragsteller wie eigenes zuzurechnen (vgl Schulte, Patentgesetz, 7. Auflage, § 123 Rdn 79 mwN; vgl auch § 32 Abs 1 Satz 2 VerwVerfG). Hier hatte es die Ehefrau schuldhaft, nämlich in voller Kenntnis von den laufenden Fristen und von der Bedeutung, die die geplante Gebrauchsmusteranmeldung für den Antragsteller hatte, versäumt, den Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers mit der Gebrauchsmusteranmeldung zu beauftragen. Bei dieser Beurteilung geht der Senat von den Ausführungen des Antragstellers aus, wonach seine Ehefrau ähnliche Aufträge in der Vergangenheit ausnahmslos zuverlässig erledigt hat. Die volle Anerkennung dieses Umstandes ändert nichts an der Tatsache, daß

die Ehefrau des Antragstellers im vorliegenden Fall ihren Auftrag vergessen und mit diesem unentschuldigtem Versäumnis die Fristversäumung verursacht hat.

Sofern der Vortrag des Antragstellers dahin zu würdigen ist, daß er seine Ehefrau nicht als seine Vertreterin mit der Mandatierung des Patentanwalts betraute, sondern sie lediglich als Hilfsperson im Sinne eines Botens zur Übermittlung der Beauftragung mit der für eine wirksame Abzweigungserklärung rechtzeitigen Gebrauchsmusteranmeldung an den Patentanwalt eingeschaltet hat, liegt das Verschulden des Antragstellers darin, daß er die Erledigung dieser Hilfstätigkeit nicht von sich aus überprüft hat, sobald er von seiner Geschäftsreise zurückgekehrt war. Der Antragsteller wäre gehalten gewesen, sich nach Beendigung der Geschäftsreise zu vergewissern, daß die Angelegenheit ordnungsgemäß abgewickelt und nicht, etwa durch unerwartete Schwierigkeiten, verzögert worden war. Diese Obliegenheit wurde im vorliegenden Fall durch besondere Umstände verschärft: Die Ehefrau des Antragstellers war in Schutzrechtsangelegenheiten gänzlich unerfahren. Gleichzeitig war ihr Auftrag, dem Patentanwalt die Nachricht von der Mandatierung durch den Antragsteller zu übermitteln, dringlich; denn die Einhaltung der Frist für eine wirksame Abzweigung war für die Schutzfähigkeit des anzumeldenden Gebrauchsmusters und damit auch für seinen wirtschaftlichen Wert entscheidend.

Der Antragsteller meint, er habe bei der von ihm beschriebenen Sachlage seine Obliegenheiten rechtzeitig und vollständig wahrgenommen, weil er sowohl seine Ehefrau als auch seinen Verfahrensbevollmächtigten in vergleichbaren früheren Fällen als absolut verlässlich erlebt hatte. Der Senat geht von dem Sachvortrag des Antragstellers aus, beurteilt aber die Obliegenheiten des Antragstellers anders: Bei einer - auch aus der Sicht des Antragstellers - wichtigen und dringlichen Angelegenheit verlangt die Sorgfalt eines verantwortlichen Anmelders ein Mindestmaß von Überwachung des Fortganges des geplanten Verfahrens. Seinem eigenen Sachvortrag zufolge hat der Antragsteller in dieser Richtung nicht etwa zu wenig, sondern nichts unternommen. Darin sieht der Senat die zurechenbare Oblie-

genheitsverletzung (vgl zur Notwendigkeit, auch bewährte Hilfskräfte zu überwachen Busse, Patentgesetz, 6. Aufl, § 123 Rdnr 33; Schulte, aaO, § 123, Rdnr 104 ff). Dabei hat der Senat berücksichtigt, daß der Antragsteller im entscheidenden Zeitraum besonderen beruflichen Belastungen ausgesetzt war, was ihm eine sorgfältige Wahrnehmung aller seiner Obliegenheiten schwer gemacht hat. Diese Umstände sind jedoch dem Risikobereich des Antragstellers zuzurechnen und können etwaige Obliegenheitsverletzungen nicht entschuldigen. Die Gerichtsentscheidungen, auf die sich der Antragsteller beruft, stellen diese Beurteilung des Senats nicht in Frage.

Auf die Frage, ob der Antragsteller vor dem Ablauf der Frist für eine wirksame Abzweigungserklärung am 31. Oktober 2002 oder erst danach von seiner Geschäftsreise zurückgekehrt ist, kommt es dabei im Ergebnis nicht an. Sofern der Antragsteller noch vor dem 31. Oktober 2002 von seiner Geschäftsreise zurückgekommen sein sollte, würde die Unterlassung der in seinem eigenen Interesse gebotenen Überprüfung der Erledigung der Botentätigkeit durch seine Ehefrau ein eigenes Verschulden des Antragstellers an der Versäumung der Frist nach § 5 Abs 1 Satz 3 GebrMG begründen. Denn bei umgehender Überprüfung hätte der Antragsteller noch die Zeit gehabt, seinen Verfahrensbevollmächtigten selber rechtzeitig mit der abgezweigten Gebrauchsmusteranmeldung zu beauftragen.

Sollte der Antragsteller erst nach dem 31. Oktober 2002 von seiner Geschäftsreise zurückgekehrt sein, so wäre die Unterlassung der gebotenen Überprüfungshandlung in vorwerfbarer Weise ursächlich für die Versäumung der 2-Monats-Frist gem § 123 Abs 2 Satz 1 GebrMG gewesen und dem Wiedereinsetzungsantrag des Antragstellers könnte deswegen nicht stattgegeben werden.

Für die Bestimmung des Fristbeginns nach § 123 Abs 2 S 1 PatG (mit Wegfall bzw verschuldetem Fortbestehen des Hindernisses) ist zunächst zu klären, welcher tatsächliche Sachverhalt eine rechtzeitige Einreichung der Abzweigungserklärung vereitelte, d.h. worin das geltend gemachte Hindernis bestand. Vorliegend bestand

dieses Hindernis in der Unkenntnis des Antragstellers davon, daß seine Ehefrau die Benachrichtigung des Patentanwalts vergessen hatte. Nach der Rechtsprechung (vgl. BGHR ZPO § 234 Abs 2 Fristbeginn 10 mwN; BGH NJW 2000, 592 f) gilt der die Fristwahrung zunächst hindernde Umstand nicht nur dann als behoben, wenn er tatsächlich weggefallen ist, sondern bereits dann, wenn das Weiterbestehen des Hindernisses nicht mehr als unverschuldet angesehen werden kann (BGH NJW-RR 1990, 830 f.), d.h. wenn es durch einen sorgfältig agierenden Anmelder hätte beseitigt werden können (Zöller, ZPO, 24. Aufl, § 234 Rz 5b; Schulte, Patentgesetz, 6. Aufl § 123 Rdnr 49). Der Antragsteller hat den Zeitpunkt seiner Rückkehr von der Geschäftsreise nicht mitgeteilt und zu der Dauer dieser Reise nur vorgetragen, daß sie länger als eine Woche dauern sollte. Bei diesem Sachvortrag kann davon ausgegangen werden, daß der Antragsteller spätestens zum Jahreswechsel, also zum 31. Dezember 2002, von dieser Reise zurückgekehrt war. Spätestens von diesem Zeitpunkt an hätte es dem Antragsteller obliegen, seine Frau auf die Beauftragung des Patentanwalts anzusprechen. Da er das schuldhaft unterließ, begann spätestens von diesem Zeitpunkt an die 2-Monats-Frist des § 123 Abs 2 Satz 1 PatG zu laufen, die demzufolge spätestens am Freitag, den 28. Februar 2003 abgelaufen ist. Das war weit mehr als zwei Monate vor Einreichung des Wiedereinsetzungsantrages des Antragstellers.

Werner

Müller

Reker

Be