



BUNDESPATENTGERICHT

7 W (pat) 2/17

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend das Patent 199 45 551

wegen Wiedereinsetzung

hat der 7. Senat (Juristischer Beschwerdesenat und Nichtigkeitssenat) des Bundespatentgerichts am 4. Juni 2018 durch den Vorsitzenden Richter Rauch, die Richterin Püschel und die Richterin Dr. Schnurr

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
2. Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr wird angeordnet.

Gründe

I.

Auf eine am 23. September 1999 eingereichte Anmeldung erteilte das Deutsche Patent- und Markenamt durch Beschluss vom 4. Dezember 2001 unter dem Aktenzeichen 199 45 551.1 ein Patent mit der Bezeichnung „Miniaturbohrfutter“.

Zur Zahlung der 14. Jahresgebühr reichte der frühere Vertreter der Patentinhaberin am 30. November 2012 beim Patentamt - als Teil einer Sammel-Einzahlungsliste Nr. 11/2012 - eine Einzugsermächtigung in Höhe von 910,- € ein. Der Betrag wurde vom Patentamt zunächst eingezogen, jedoch am 9. Januar 2013 wegen einer Rücklastschrift wieder zurückgebucht. Der frühere Vertreter wurde mit patentamtlichem Schreiben vom 10. Januar 2013 bezüglich dieser und einer weiteren Einzahlungsliste darüber benachrichtigt, dass die Einziehung der Gebührenzahlung nicht habe erfolgen können.

Eine zur Entrichtung der 15. Jahresgebühr am 2. Dezember 2013 von dem früheren Vertreter eingereichte Einzugsermächtigung vom 29. November 2013 über 1060,- € - als Teil der Sammel-Einzahlungsliste Nr. 11/2013 - führte zunächst zur Einziehung, der Betrag wurde aber ebenfalls wegen einer Rücklastschrift zurückgebucht.

Bezüglich der 15. Jahresgebühr übersandte das Patentamt zunächst mit Schreiben vom 3. Februar 2014 eine Gebührenmitteilung mit dem Hinweis, dass diese innerhalb der zuschlagfreien Zahlungsfrist von zwei Monaten nach Fälligkeit nicht gezahlt worden sei und das Patent erlösche, wenn der Gebührenbetrag nicht bis zum 31. März 2014 gezahlt werde.

Mit weiterem patentamtlichen Schreiben vom 14. Februar 2014 wurde der frühere Vertreter bezüglich der Einzahlungsliste 11/2013 darüber benachrichtigt, dass die Einziehung der Gebührenzahlung nicht habe erfolgen können. Daraufhin zahlte er den Betrag der 15. Jahresgebühr (1060,- €) am 19. Februar 2014 im Wege einer Überweisung. Dieser Betrag wurde vom Patentamt - abzüglich einer Erstattungsgebühr von 10,- € - am 10. April 2014 zurückgezahlt.

Im Patentblatt veröffentlichte das Patentamt am 15. Mai 2014 einen Hinweis darauf, dass das Patent mit Wirkung vom 3. April 2013 wegen Nichtzahlung der Jahresgebühr erloschen sei.

Mit Schriftsatz vom 17. Juli 2014 zeigte der neue - auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren tätige - patentanwaltliche Vertreter der Patentinhaberin den Vertreterwechsel an und teilte u. a. mit, seine Mandantin habe erst jetzt vom Erlöschen des Patents wegen Nichtzahlung der Jahresgebühr anlässlich des Vertreterwechsels erfahren. Die gleichzeitige Bitte um Mitteilung der Einzahlungen ab dem Jahr 2011 beantwortete das Patentamt mit Schreiben vom 24. Juli 2014 dahingehend, dass wegen Nichtzahlung der 14. Jahresgebühr die Anmeldung als zurückgenommen gelte.

Daraufhin stellte die Patentinhaberin am 16. September 2014 einen Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Zahlungsfrist und zahlte zugleich mittels SEPA-Lastschrift unter Angabe der Gebührennummern 312150, 312152 einen Gebührenbetrag in Höhe von 1110,- € (entsprechend der Gebühr für das 15. Patentjahr samt Verspätungszuschlag). Zur Begründung gab sie an, sie treffe

kein Verschulden an der Fristversäumung. Sie habe sich nach mehr als drei Jahrzehnten der erfolgreichen Zusammenarbeit darauf verlassen, dass die Jahresgebühren fristgerecht und vollständig von dem erfahrenen und bis dahin zuverlässigen früheren Vertreter eingezahlt worden seien. Auf die - wie jedes Jahr zuvor - durch diesen veranlasste Jahresgebührenerinnerung mit Schreiben vom 9. Juli 2012 habe sie ihm mit Telefax vom 13. Juli 2012 die Weisung zur Zahlung der Jahresgebühr erteilt und nach Erhalt seiner Rechnung über die Amtsgebühr in Höhe von 910,- € diesen Betrag am 30. September 2012 auf sein Konto überwiesen. Entsprechendes sei bei der 15. Jahresgebühr erfolgt.

Seit Juli 2014, als er beim Amtsgericht W... einen Insolvenzantrag gestellt habe, sei der frühere Vertreter jedoch nicht mehr erreichbar gewesen, weshalb sie einen neuen Vertreter beauftragt habe. Nachdem sich aus dem Patentregister ergeben habe, dass das Patent wegen Nichtzahlung der Jahresgebühr erloschen sei, sei der frühere Vertreter um Stellungnahme gebeten worden. Dieser habe es jedoch auch nach Androhung gerichtlicher Schritte unterlassen, die vollständigen Handakten zu übergeben und schriftlich Auskunft über die entfaltete Tätigkeit in Bezug auf die Einzahlung der vorher von der Patentinhaberin vereinnahmten Jahresgebühren zu erteilen.

Nach vorangegangenen Zwischenbescheiden des Patentamts, in denen u. a. auf die Jahresausschlussfrist (§ 123 Abs. 2 Satz 4 PatG) hingewiesen worden war, und schriftsätzlichen Erwiderungen seitens der Patentinhaberin wurde der Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der 14. und 15. Jahresgebühr durch Beschluss der Patentabteilung 14 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 7. November 2016 als unzulässig verworfen. Die Patentinhaberin habe die Frist zur Zahlung der 14. und der 15. Jahresgebühr, jeweils mit Verspätungszuschlag, versäumt. Der Antrag auf Wiedereinsetzung sei zwar fristgemäß am 16. September 2014 gestellt worden. Die Patentinhaberin habe aber die versäumte Handlung, nämlich die Zahlung der 14. Jahresgebühr, nicht innerhalb der zweimonatigen Antragsfrist nachgeholt. Lediglich die Gebühr für die

15. #Jahresgebühr sei am 16. September 2014 entrichtet worden. Die Umdeutung des Verwendungszwecks auf eine andere Gebührennummer sei nicht möglich, weshalb die 14. Jahresgebühr nicht gezahlt worden sei.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Patentinhaberin mit den Anträgen,

- die Unwirksamkeit des angefochtenen Beschlusses festzustellen, hilfsweise den Beschluss aufzuheben;
- dem Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der 14. Jahresgebühr, hilfsweise in die Frist zur Zahlung der 14. Jahresgebühr mit Verspätungszuschlag, weiter hilfsweise in die Frist zur Zahlung der 15. Jahresgebühr, stattzugeben;
- die Beschwerdegebühr zu erstatten.

Höchstvorsorglich werden die Anträge auf Aussetzung des Verfahrens und Verbindung mit dem Parallelverfahren zum Patent 500 02 609 - dieses wird beim Patentgericht unter dem Aktenzeichen 7 W (pat) 3/17 geführt - erneut gestellt bzw. aufrechterhalten.

Ein außerdem zunächst gestellter Hilfsantrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde vor dem anberaumten Termin wieder zurückgenommen.

Zur Begründung ihrer Beschwerde macht die Patentinhaberin u. a. geltend, dass sich die Mitteilungen des Patentamts im Hinblick auf die Zahlung bzw. die Fälligkeit der 14. und der 15. Jahresgebühren widersprüchen. Das Patentamt habe mit Schreiben vom 24. Juli 2014 auf das Auskunftsverlangen des neuen Vertreters - und damit nach Ablauf der Jahresausschlussfrist des § 123 Abs. 2 Satz 4 PatG - mitgeteilt, dass die 14. Jahresgebühr nicht gezahlt worden sei, ohne aber die fehlerhafte Mitteilung vom 3. Februar 2014 zu berichtigen oder zurückzunehmen. Noch am 7. September 2014 sei im Patentregister vermerkt gewesen,

dass die 15. Jahresgebühr fällig sei. In der am 16. September 2014 erteilten Einzugsermächtigung über den Betrag von 1110,- € sei auch die Nachholung der 14. Jahresgebühr zu sehen.

Die Patentinhaberin stellt wiederum darauf ab, dass sie sowohl die 14. als auch die 15. Jahresgebühr an den früheren Vertreter bezahlt und den Auftrag zur Einzahlung schriftlich erteilt habe. Die Gebührenmitteilung des Patentamts vom 3. Februar 2014 habe sich nicht in der vom früheren Vertreter am 5. August 2014 übergebenen Handakte befunden. Dem neuen Vertreter sei lediglich der Amtsteil der Handakte ausgehändigt worden. Die Herausgabe des Gebührenteils mit Aufzeichnungen über den Zahlungsablauf der Amtsgebühren sei dagegen vom früheren Vertreter ohne Begründung verweigert worden. Auch seien spätere Aufforderungen zur Abgabe einer schriftlichen Erklärung über den Sachverhalt unbeantwortet geblieben.

Zum Nachweis dieser Angaben beantragt die Patentinhaberin die Ladung des früheren Vertreters als Zeugen. Ferner beantragt sie die Ladung und Vernehmung eines Vertreters des Patentamts zu der Frage, ob der Gebührenhinweis vom 3. Februar 2014 tatsächlich ergangen sei. Die vom Patentamt bereitgestellte Kopie trage keine Seitenzahl und habe sich nicht in der vom früheren Vertreter am 5. August 2014 übergebenen Handakte zum vorliegenden Patent befunden.

Nachdem der Senat - in einem Zusatz zur Ladung zu der zunächst beantragten mündlichen Verhandlung - darauf aufmerksam gemacht hat, dass die Beschwerde voraussichtlich keinen Erfolg haben werde und dass es keine Grundlage für die beantragten Zeugenladungen gebe, rügt die Patentinhaberin die Verletzung des Rechtswegegebots des Art. 19 Abs. 4 GG sowie des Anspruchs auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet. Das Patentamt hat die beantragte Wiedereinsetzung zu Recht abgelehnt.

1. Der Wiedereinsetzungsantrag ist zwar statthaft, weil die Patentinhaberin die Frist zur Zahlung der 14. Jahresgebühr mit Zuschlag und damit eine Frist i. S. d. § 123 Abs. 1 Satz 1 PatG versäumt hat.

Die 14. Jahresgebühr war - ausgehend vom Anmeldetag 23. September 1999 - am 30. September 2012 fällig und konnte in Höhe von 910,- € (Gebührenverzeichnis zum PatKostG Nr. 312 140) bis zum 30. November 2012 bzw. mit einem Verspätungszuschlag in Höhe von 50 € (Gebührenverzeichnis Nr. 312 142) bis zum 2. April 2013 (der 31. März 2013 war Ostersonntag) bezahlt werden (§ 17 Abs. 1 PatG in der bis zum 31. März 2014 gültigen Fassung i. V. m. § 3 Abs. 2, § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 PatKostG, § 222 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 188 Abs. 2 BGB, § 222 Abs. 2 ZPO).

Eine fristgerechte Zahlung ist nicht erfolgt. Zwar hat die Patentinhaberin am 30. November 2012 - und damit an sich noch rechtzeitig - beim Patentamt eine Einzugsermächtigung über den Gebührenbetrag eingereicht. Doch gemäß § 2 Nr. 4 PatKostZV (in der hier maßgeblichen, bis 30. November 2013 geltenden Fassung) gilt bei Erteilung einer Lastschriftinzugsermächtigung der Tag des Eingangs beim Patentamt nur dann als Zahlungstag, wenn die Einziehung zugunsten der zuständigen Bundeskasse für das Patentamt erfolgt. Dass dies tatsächlich geschieht, ist Voraussetzung für den privilegierten Einzahlungstag (vgl. Senatsentscheidung vom 12. Mai 2016, 7 W (pat) 29/15, BIPMZ 2016, 378 - Verzögerte Einziehung; ebenso BPatG BIPMZ 2017, 338 - Trennwandeinrichtung; Schulte/Schell, PatG, 10. Aufl., PatKostZV § 2 Rdn. 28 für den Fall einer SEPA-Lastschrift) und im Sinne einer auflösenden Bedingung für die Erfüllung der Gebührenforderung zu verstehen. Vorliegend war die Einziehung letztlich nicht erfolgreich, da sie durch

die Rücklastschrift wieder rückgängig gemacht wurde. Die Einzugsermächtigung vom 30. November 2012 konnte somit keine wirksame Zahlung bewirken.

Eine wirksame Zahlung ist zusammen mit dem Wiedereinsetzungsantrag am 16. September 2014 und damit verspätet erfolgt. Entgegen der Auffassung des Patentamts kann jedenfalls diese Zahlung als eine Nachholung der ausstehenden 14. Jahresgebühr angesehen werden, da die 15. Jahresgebühr - infolge Nichtzahlung der 14. Jahresgebühr - zu keinem Zeitpunkt fällig geworden ist.

Zugunsten der Patentinhaberin kann sogar angenommen werden, dass bereits die mittels Überweisung durch den früheren Vertreter vorgenommene Zahlung auf die nachfolgende 15. Jahresgebühr - die am 19. Februar 2014 eingegangen und später wieder zurückgezahlt worden ist - eine Zahlung der ausstehenden 14. Jahresgebühr darstellt. Jedoch ist auch diese Zahlung nach Ablauf der Zahlungsfrist für die 14. Jahresgebühr erfolgt, weshalb das Patent gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 3 PatG (in der bis zum 31. März 2014 gültigen Fassung) seit dem 3. April 2013 erloschen ist.

2. Der Wiedereinsetzungsantrag ist jedoch unzulässig.

a) Zweifelhaft ist bereits, ob er innerhalb der zweimonatigen Antragsfrist des § 123 Abs. 2 Satz 1 PatG gestellt worden ist. Im Schriftsatz der Patentinhaberin vom 17. Juli 2014 ist angegeben, dass sie erst jetzt vom Erlöschen des Patents wegen Nichtzahlung der Jahresgebühr erfahren habe. Hiervon ausgehend ist das Datum dieses Schriftsatzes als der Zeitpunkt für positive Kenntnis von der Fristversäumung und damit den Wegfall des Hindernisses anzunehmen, so dass die Antragsfrist am 17. September 2014 geendet hätte. Insoweit wäre der am 16. September 2014 gestellte Wiedereinsetzungsantrag zwar rechtzeitig gewesen. Allerdings stellt sich die Frage, ob der Wegfall des Hindernisses nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt anzunehmen ist, weil dieser nicht erst mit positiver Kenntnis von der Fristversäumung eintritt, sondern bereits dann, wenn die Säum-

nis bei Beachtung der zu erwartenden Sorgfalt hätte erkannt werden können (vgl. Schulte/Schell, a. a. O., § 123 Rdn. 26). Insoweit fehlt jeglicher Vortrag zu der - der Patentinhaberin zuzurechnenden - Kenntnis ihres früheren Vertreters im maßgeblichen Zeitraum, in dem die Rücklastschrift erfolgte, mit der Folge, dass die Einhaltung der Antragsfrist nicht sicher angenommen werden kann.

b) Letztlich kommt es auf die Frage, ob die Antragsfrist des § 123 Abs. 2 Satz 1 PatG eingehalten ist, nicht an. Der Wiedereinsetzungsantrag wurde nämlich erst am 16. September 2014 und somit länger als ein Jahr nach dem Ende der regulären Frist zur Zahlung der 14. Jahresgebühr mit Zuschlag (dem 2. April 2013) gestellt, weshalb eine Wiedereinsetzung jedenfalls wegen Ablaufs der Jahresabschlussfrist nach § 123 Abs. 2 Satz 4 PatG nicht in Betracht kommt.

Die Vorschrift des § 123 Abs. 2 Satz 4 PatG, wonach ein Jahr nach Ablauf der versäumten Frist die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt und die versäumte Handlung nicht mehr nachgeholt werden kann, hat absoluten Charakter. Sie verfolgt mit der Begrenzung der Möglichkeit der Wiedereinsetzung - wie die entsprechende Vorschrift in § 234 Abs. 3 ZPO - im Interesse der Rechtssicherheit den Zweck, eine unangemessene Verzögerung von Verfahren zu verhindern und deren rechtskräftigen Abschluss zu gewährleisten. Auch Billigkeitsgründe können daher nicht berücksichtigt werden (BPatG BIPMZ 1996, 357, 358; Schulte/Schell, a. a. O., § 123 Rdn. 31). Ebenso wenig kommt es darauf an, ob und wann der Säumige Kenntnis vom Beginn dieser Jahresfrist erlangt hat, denn diese läuft als Ausschlussfrist grundsätzlich unabhängig von Kenntnis und Verschulden des Säumigen (vgl. Schulte/Schell, a. a. O.; Busse/Keukenschrijver/Engels, PatG, 8. Aufl., § 123 Rdn. 72).

Von der Einhaltung dieser Frist kann nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen abgesehen werden, sofern die Fristüberschreitung auf Umstände zurückzuführen ist, die ausschließlich der Sphäre des Patentamts zuzurechnen sind (vgl. BPatG

Mitt. 2012, 293 f. - Wäschespinn; BPatGE 51, 197, 202 - Überwachungs-
vorrichtung). Ein solcher Fall liegt nicht vor.

Ausweislich seiner elektronischen Akte hat das Patentamt dem damaligen Vertreter der Patentinhaberin mit Schreiben vom 10. Januar 2013 das Fehlschlagen der Einzugsermächtigung vom 30. November 2012 bzw. die Rücklastschrift mitgeteilt und dadurch zu erkennen gegeben, dass die Jahresgebührenausschlussfrist für das Patent nicht erfolgreich war. Entgegen der Auffassung (des jetzigen Vertreters) der Patentinhaberin muss das Patentamt auch keinen Nachweis über den Erhalt des Schreibens führen, denn laut der elektronischen Akte des Patentamts ist ein solches Schreiben ergangen. Selbst wenn es auf dem Postwege verloren gegangen sein sollte, ist dies nicht mehr der Sphäre des Patentamts zuzurechnen, so dass jedenfalls nicht feststellbar ist, dass die Ursache für die Versäumung der Jahresausschlussfrist allein in der Sphäre des Patentamts liegt. Darauf, dass die Veröffentlichung des Erlöschens des Patents im Patentblatt erst deutlich später, nämlich nach Ablauf der Jahresausschlussfrist, im Mai 2014, erfolgte, kommt es somit nicht entscheidend an. Im Übrigen ist eine Rücklastschrift für den Zahlungsschuldner stets auch auf seinen Kontoauszügen ersichtlich. Ob und wann dies im vorliegenden konkreten Fall erfolgte - insoweit ist im vorliegenden Fall weder etwas vorgetragen noch glaubhaft gemacht -, bedarf ebenfalls keines Nachweises durch das Patentamt, denn dies unterfällt der Sphäre des Zahlungsschuldners.

Somit gibt es keinen Grund für die Annahme, dass die Jahresausschlussfrist des § 123 Abs. 2 Satz 4 PatG aus ausschließlich der Sphäre des Patentamts zuzurechnenden Gründen versäumt wurde. Daher gebietet es der Anspruch einer Partei auf ein rechtsstaatliches, faires Verfahren vorliegend nicht, von der Anwendung der gesetzlichen Regelung abzusehen.

c) Es ist auch kein Raum für eine Wiedereinsetzung von Amts wegen i. S. v. § 123 Abs. 2 Satz 3 PatG, wonach Wiedereinsetzung auch ohne Antrag gewährt werden kann, wenn innerhalb der Antragsfrist die versäumte Handlung nachgeholt

worden ist. Dies gilt auch dann, wenn man zugunsten der Patentinhaberin annimmt, dass die 14. Jahresgebühr samt Zuschlag am 19. Februar 2014 und damit noch vor Ablauf der Jahresausschlussfrist entrichtet worden ist. Eine Wiedereinsetzung kann nämlich ohne Antrag nur gewährt werden, wenn die sie rechtfertigenden Tatsachen akten- oder offenkundig sind (vgl. Senatsentscheidung v. 21. Oktober 2010, 10 W (pat) 37/07, juris Tz. 14; BPatGE 25, 121; Schulte/ Schell a. a. O., § 123 Rdn. 17). Solche Tatsachen wurden aber erst mit dem Wiedereinsetzungsantrag und damit erst nach Ablauf der Jahresausschlussfrist geltend gemacht. Damit scheidet eine Wiedereinsetzung von Amts wegen aus (vgl. genannte Senatsentscheidung m. w. N.).

3. Somit kann dem Antrag auf Wiedereinsetzung nicht stattgegeben werden, unabhängig davon, ob er im Falle seiner Zulässigkeit begründet wäre.

Davon abgesehen wäre der Antrag auch in der Sache unbegründet. Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 PatG darf Wiedereinsetzung nur gewährt werden, wenn der Säumige die Frist ohne Verschulden versäumt hat. Der Vortrag der Patentinhaberin ist jedoch nicht geeignet, ein ihr gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares Verschulden ihres patentanwaltlichen Vertreters an der Versäumung der Frist zur Zahlung der 14. Jahresgebühr mit Verspätungszuschlag auszuschließen.

Der elektronischen Akte des Patentamts ist zu entnehmen, dass eine Rücklastschrift stattgefunden hat. Demzufolge war eine Einziehung vom Anwaltskonto zugunsten der Bundeskasse zunächst erfolgt, wurde aber wenig später wieder rückgängig gemacht. Eine Rücklastschrift, die u. a. deswegen eintreten kann, weil der Belastungsbuchung widersprochen wurde oder das Konto nicht die genügende Deckung aufwies, fällt grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des Zahlungsschuldners und ist von diesem zu vertreten. Es sind hier weder Umstände genannt noch glaubhaft gemacht worden, aus denen sich ergeben könnte, dass die Rücklastschrift nicht auf einen vom damaligen patentanwaltlichen Vertreter zu verantwortenden Umstand zurückgeht. Vielmehr bleiben die Umstände, die zur Rück-

lastschrift geführt haben, im Unklaren. Ein Antragsteller, der sich auf eine unverschuldete Säumnis beruft, muss aber im Rahmen seines Wiedereinsetzungsantrags die tatsächlichen Abläufe, aus denen sich ergibt, auf welchen Umständen die Fristversäumung beruht, verständlich und geschlossen schildern. Kann ein Antragsteller eine solche Darstellung nicht liefern, geht dies zu seinen Lasten (st. Rspr., vgl. BGH NJW 2008, 3501, 3502; BGH, Urt. v. 10. Januar 2013, I ZB 76/11, AnwBl 2013, 233; Senatsbeschluss v. 10. Mai 2012, 10 W (pat) 13/11, juris Tz. 17).

Der Vortrag der Patentinhaberin zu den Umständen der Einhaltung der Zahlungsfrist für die 14. Jahresgebühr beschränkt sich auf die Tatsache, dass sie selbst den für die Zahlung der 14. Jahresgebühr erforderlichen Betrag an ihren früheren Vertreter überwiesen habe und dass dieser in der Vergangenheit stets zuverlässig gearbeitet habe. Damit hat sie zwar dargetan, dass sie selbst kein Verschulden trifft, jedoch ein mögliches Vertreterverschulden nicht ausgeräumt, das sie sich nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss.

In der Rechtsprechung zu der Zurechnungsnorm des § 85 Abs. 2 ZPO wird zwar vereinzelt die Auffassung vertreten, dass es Konstellationen geben mag, in denen eine Zurechnung des Verschuldens des Vertreters ausscheidet, etwa bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung der Partei (vgl. Zöller, ZPO, 32. Aufl., § 85 Rdn. 13; nach h. M. ist aber jedes Verschulden i. S. v. § 276 BGB zurechenbar, so auch Prütting/Gehrlein, ZPO, 9. Aufl. 2017, § 85 Rdn. 15). Ein solcher Ausnahmefall liegt aber ersichtlich nicht vor. Der frühere Vertreter wollte vielmehr den Weisungen seiner Partei nachkommen und die 14. Jahresgebühr entrichten, indem er eine Einzugsermächtigung eingereicht hat. Dies ist aber fehlgeschlagen, ohne dass insoweit ein Verschulden des früheren Vertreters ausgeschlossen werden kann. Dafür, dass dieses Verhalten auf Vorsatz beruht, ist weder etwas ersichtlich noch vorgetragen.

4. Dem Antrag auf Vernehmung des früheren Vertreters als Zeuge konnte der Senat schon deshalb nicht entsprechen, weil es sich insoweit um ein nicht präsentes Beweismittel handelt, das als Mittel der Glaubhaftmachung nicht geeignet ist (§ 294 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 99 Abs. 1 PatG; vgl. z. B. BGH, Beschl. v. 29. März 2017, XII ZB 567/16 Tz. 16). Zudem ist der frühere Vertreter nur für solche Tatsachen als Zeuge angeboten, die keinen unmittelbaren Bezug zu den Umständen für das Fehlschlagen der Zahlung für die 14. Jahresgebühr und damit zur Frage eines Vertreterverschuldens aufweisen und daher für die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag nicht entscheidungserheblich sind. Entsprechendes gilt für den Beweisantrag, einen Vertreter des Patentamts als Zeuge zu vernehmen. Die Nichtberücksichtigung des Beweisantrags stellt schon deshalb weder einen Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) noch etwa eine Verletzung des Rechtswegegebots (Art. 19 Abs. 4 GG) dar; auf die früheren Senatsentscheidungen mit vergleichbarem Sachverhalten, auf die der Senat zuletzt im Ladungszusatz hingewiesen hat (z. B. Beschluss vom 25. April 2016, 7 W (pat) 5/15), kommt es bezüglich des Beweisantrags nicht an.

5. Somit ist die Beschwerde mit den auf Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Gewährung der Wiedereinsetzung gerichteten Anträgen zurückzuweisen. Für die Feststellung der Unwirksamkeit des angefochtenen Beschlusses fehlt jegliche Grundlage. Ebenso wenig kann den weiteren, noch höchstvorsorglich gestellten Anträgen, sofern sie nicht schon prozessual überholt sind, entsprochen werden. Hinsichtlich der beantragten Aussetzung - vor dem Patentamt begründet mit der Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens - fehlt es an der gemäß § 148 ZPO erforderlichen Vorgeiflichkeit. Für die beantragte Verbindung mit dem weiteren Beschwerdeverfahren 7 W (pat) 3/17 hat der Senat keinen Anlass gesehen.

6. Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr ist gemäß § 80 Abs. 3 PatG aus Billigkeitsgründen anzuordnen. Entscheidend hierfür ist die fehlerhafte Beurteilung durch das Patentamt, das in den Zwischenbescheiden und noch im angefochte-

nen Beschluss davon ausgegangen ist, dass auch die 15. Jahresgebühr versäumt worden sei. Es ist nicht auszuschließen, dass bei korrekter Verfahrensführung von der Beschwerdeenlegung abgesehen worden wäre.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nur gegeben, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe eingereicht werden. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Rauch

Püschel

Dr. Schnurr

Pr