

# BUNDESPATENTGERICHT

8 W (pat) 30/01

---

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

**betreffend das Patent 197 19 321**

...

...

hat der 8. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 22. April 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dipl.-Ing. Kowalski sowie der Richter Viereck, Dipl.-Ing. Gießen und Dipl.-Ing. Kuhn

beschlossen:

1. Der Antrag der Einsprechenden auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Entrichtung der Beschwerdegebühr wird abgelehnt.
2. Die Beschwerde gilt als nicht erhoben.
3. Die Beschwerdegebühr ist zurückzuzahlen.

## **Gründe**

### **I**

Der Beschluß der Patentabteilung 16 des Patentamts vom 2. August 2001, mit dem das Streitpatent in vollem Umfang aufrechterhalten worden ist, wurde dem Bevollmächtigten der Einsprechenden laut Empfangsbekanntnis am 18. August 2001 zugestellt. Der Beschluß enthielt die (übliche) Rechtsmittelbelehrung, daß ua innerhalb der Beschwerdefrist von einem Monat eine Gebühr in Höhe von 345,-- DM an die Zahlstelle des Patentamts zu entrichten ist, andernfalls die Beschwerde als nicht erhoben gilt.

In der dem Patentamt am 18. August 2001 per Fax vorab übermittelten Beschwerdeschrift vom 17. August 2001 hat der Bevollmächtigte der Einsprechenden angekündigt, die Beschwerdegebühr werde unmittelbar von dieser entrichtet. Die Gebühr ist laut Zahlungsanzeige des Patentamts dort am 2. Oktober 2001 eingegangen.

Nachdem der Rechtspfleger des Senats mit Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2001 die Beteiligten auf diesen Umstand und die sich daraus ergebende Rechtsfolge aufmerksam gemacht hatte, hat die Einsprechende mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 30. Dezember 2001 "Wiedereinsetzung" beantragt; die Gebührenzahlung habe sich durch ein Versehen verspätet, die Einzelheiten würden nachgereicht.

Wegen sonstiger Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II

Das Wiedereinsetzungsgesuch, welches sich, da die Beschwerde selbst fristgerecht (allerdings mangels rechtzeitiger Gebührenzahlung nicht wirksam) eingelegt worden ist, auf die versäumte Frist zur Entrichtung der Beschwerdegebühr bezieht, muß ohne Erfolg bleiben, weil die Voraussetzungen des § 123 PatG nicht gegeben sind. Nach Abs 2 Satz 2 dieser Bestimmung ist ua keine Wiedereinsetzung möglich im Fall der Versäumung der Frist, die "dem Einsprechenden zur Einlegung der Beschwerde gegen die Aufrechterhaltung des Patents zusteht (§ 73 Abs 2)". Nach ganz herrschender Auffassung in Rechtsprechung (BPatG ständig seit BPatGE 1, 137; BGHZ 89, 245 = GRUR 1984, 337 "Schlitzwand") und Schrifttum (Busse, Patentgesetz, 5. Aufl, § 73 Rdn 114, § 123 Rdn 27; Benkard/Schäfers, Patentgesetz, 9. Aufl, § 123 Rdn 9/10; Schulte, Patentgesetz, 6. Aufl, § 123 Rdn 84) erfaßt dieser Wiedereinsetzungsausschluß auch die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr. Das Wiedereinsetzungsgesuch ist somit bereits

unstatthaft und deshalb zu verwerfen. Der Einsprechenden verbleibt immer noch die Möglichkeit der Nichtigkeitsklage (§ 81 PatG).

Selbst wenn man aber der in der Literatur vereinzelt (so mit durchaus gewichtigen Argumenten von Allgeier, Mitt 1984, 21) vertretenen Gegenmeinung sich anschließen würde, wonach die Frist für die in § 73 Abs 3 (und nicht Abs 2) geregelte Gebühreuzahlung wiedereinsatzfähig ist, könnte dem Antrag im konkreten Fall nicht stattgegeben werden. Entgegen der Regelung in § 123 Abs 2 Satz 2 enthält der Antrag nicht die Angabe der eine Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen, die zudem auch nicht glaubhaft gemacht sind. Der nicht näher erläuterte Hinweis auf ein "Versehen" (bei wem?) genügt den Anforderungen an eine vollständige und schlüssige Darlegung aller Umstände (vgl. Schulte, aaO, § 123 Rdn 58, 59) in keiner Weise. Angesichts der ordnungsgemäß erteilten Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Beschluß des Patentamts ist bereits nicht ersichtlich, weshalb die Fristversäumung für die Einsprechende unverschuldet iSv § 123 Abs 1 Satz 1 gewesen sein soll. Ein etwaiges Verschulden des Bevollmächtigten wäre der Einsprechenden zuzurechnen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt nach Ablauf der zweimonatigen Wiedereinsetzungsfrist wäre ein Nachschieben von Wiedereinsetzungsgründen unzulässig (Schulte, aaO, § 123 Rdn 60). Der Wiedereinsetzungsantrag war mithin abzulehnen.

Daß die Beschwerde als nicht erhoben gilt, ergibt sich aus § 73 Abs 3 Halbsatz 2 PatG. Der Senat ist zu dieser Feststellung kraft Sachzusammenhangs (an Stelle des Rechtspflegers, vgl. §§ 6, 8 Abs 1, 23 Abs 1 Nr 4 RpfLG) befugt, nachdem er ohnehin mit der Sache befaßt ist.

Die (deklaratorische) Anordnung über die Rückzahlung der Beschwerdegebühr ist bei der gegebenen Sach- und Rechtslage geboten, weil die Beschwerdegebühr mangels Wirksamkeit der Beschwerde nicht verfallen ist (Busse, aaO, § 73 Rdn 118, § 80 Rdn 88; Schulte, aaO, § 73 Rdn 106).

Dieser Beschluß ist unanfechtbar (§ 99 Abs 2 PatG).

Kowalski

Viereck

Gießen

Kuhn

Fa