

# BUNDESPATENTGERICHT

10 W (pat) 33/01

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
3. Dezember 2001

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### betreffend die Patentanmeldung 198 33 591.1

wegen Wiedereinsetzung

hat der 10. Senat (Juristischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Schülke sowie der Richterinnen Püschel und Schuster

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Der Anmelder reichte am 28. Juli 1998 beim Patentamt eine Patentanmeldung mit der Bezeichnung "Heumaschine" ein. Die Anmeldung wurde vorab per Telefax eingereicht, das Original ging am 12. August 1998 ein. Bei den im Antragsvordruck unter "Anlagen" aufgeführten Unterlagen ist ein Antrag auf Verfahrenskostenhilfe nicht erwähnt, und ein solcher Antrag ist auch nicht in der Akte bei den am 12. August 1998 eingegangenen Anmeldungsunterlagen enthalten.

Mit Bescheid vom 19. Oktober 1998 benachrichtigte das Patentamt den Anmelder gemäß § 35 Abs 3 PatG, daß die Anmeldung als zurückgenommen gelte, wenn die Anmeldegebühr in Höhe von 100 DM nicht bis zum Ablauf eines Monats nach Zustellung dieser Nachricht entrichtet werde. Die mit Einschreiben zugestellte Benachrichtigung wurde am 26. Oktober 1998 abgesandt. Bei der Anschrift des Anmelders ist hierbei angegeben worden "Hauptstraße", richtig wäre "Hauptstraße" gewesen. Da keine Zahlung erfolgte, vermerkte das Patentamt in der Akte, daß die Anmeldung als zurückgenommen gelte.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 1999, eingegangen am 24. Oktober 1999, bat der Anmelder das Patentamt um Überprüfung und Nachricht, weshalb er auf seinen Antrag auf Verfahrenskostenhilfe vom 28. Juli 1998 noch keine Mitteilung erhalten habe, vorsorglich beantrage er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Das Patentamt teilte dem Anmelder daraufhin mit Bescheid vom 17. Dezember 1999 mit, daß kein Antrag auf Verfahrenskostenhilfe eingegangen sei und die Anmeldung als zurückgenommen gelte. Der Anmelder hielt mit am 20. Januar 2000 eingegangenen Schreiben vom 18. Januar 2000 seinen Antrag auf Wiedereinsetzung aufrecht und trug vor, daß er zusammen mit der auf dem Postweg eingereichten Patentanmeldung mit Schreiben vom 28. Juli 1998 Verfahrenskostenhilfe beantragt

habe und fügte eine Kopie des von ihm zurückbehaltenen Duplikats des Antrags bei.

Durch Beschluß vom 8. Februar 2001 hat die Patentabteilung 11 des Deutschen Patent- und Markenamts den Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr und Stellung eines Antrags auf Verfahrenskostenhilfe zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, daß der Antrag zwar statthaft und mit Gründen versehen sei, doch sei die versäumte Handlung, die Zahlung der Anmeldegebühr, nicht nachgeholt worden. Der Antrag auf Verfahrenskostenhilfe könne nicht rückwirkend gestellt werden; eine Wiedereinsetzung in die Frist zur Stellung des Antrags auf Verfahrenskostenhilfe sei nach § 123 PatG nicht vorgesehen.

Hiergegen wendet sich der Anmelder mit seiner Beschwerde und trägt zur Begründung weiterhin vor, er habe den Antrag auf Verfahrenskostenhilfe zusammen mit der auf dem Postweg übersandten Patentanmeldung an das Patentamt gesandt. Vorsorglich entrichtete er die Anmeldegebühr (Zahlungseingang 28. März 2001). In der mündlichen Verhandlung hat der Anmelder hierzu eine eidesstattliche Versicherung vom 27. November 2001 vorgelegt, in der er eidesstattlich versichert, daß er den Antrag auf Verfahrenskostenhilfe zusammen mit den Patentantragsunterlagen am 11. August 1998 zur Post gegeben habe; diesen Sachverhalt habe er im damals angefertigten Protokoll zur vorliegenden Patentanmeldung festgehalten und diene ihm jetzt als Stütze. Auf Nachfrage des Senats in der mündlichen Verhandlung trägt er weiter vor, er habe deshalb nicht auf die Gebührennachricht des Patentamts vom 19. Oktober 1998 reagiert, weil er schon öfter den Fall gehabt habe, daß er nach schon bewilligter Verfahrenskostenhilfe noch eine - insoweit dann gegenstandslose - Gebührennachricht bekommen habe. In der vom Patentamt über den Eingang der vorliegenden Patentanmeldung ausgestellten Empfangsbescheinigung, die er dem Senat in der mündlichen Verhandlung vorgezeigt hat, ist bei den Anlagen ein Antrag auf Verfahrenskostenhilfe nicht aufgeführt.

Der Anmelder beantragt sinngemäß,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und ihm Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr zu gewähren.

In einem am 4. Dezember 2001 eingegangenen Schriftsatz vom 3. Dezember 2001 macht der Anmelder nochmals Ausführungen zur Sach- und Rechtslage. Die Entscheidung des Patentamts, seinen Antrag auf Verfahrenskostenhilfe nicht zu berücksichtigen, stelle einen wesentlichen Verfahrensmangel dar; dies gelte auch, wenn der rechtzeitig eingereichte Antrag nicht zur Akte gelangt sei. Durch den Antrag sei folglich die Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr gehemmt worden. Außerdem verweise er auf die Rückseite der Gebührennachricht vom 19. Oktober 1998, wo angegeben sei, daß die Benachrichtigung gegenstandslos sei, wenn der angeforderte Betrag bereits entrichtet worden sei und bei ihm trete der Antrag auf Verfahrenskostenhilfe an die Stelle der Anmeldegebühr.

Den mit Schreiben vom 14. Dezember 2001 gestellten Antrag auf Berichtigung des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 3. Dezember 2001 hat der Senat durch Beschluß vom 10. Januar 2002 zurückgewiesen.

## II.

Die zulässige Beschwerde des Anmelders bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Patentamt hat dem Anmelder zu Recht eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versagt.

1. Der Anmelder hat die Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr (§ 35 Abs 3 PatG aF bzw § 34 Abs 6 PatG Fassung vom 1. 11. 1998 bis 31. 12. 2001), die durch den Zugang der Benachrichtigung vom 19. Oktober 1998 am 29. Oktober 1998 in Lauf gesetzt worden ist und mit Ablauf des 29. November 1998 geendet hat, versäumt.

a. Die Benachrichtigung des Patentamts vom 19. Oktober 1998 ist nicht wegen eines bereits zuvor gestellten Antrags auf Verfahrenskostenhilfe unwirksam gewesen. Denn es kann nicht zur Überzeugung des Senats festgestellt werden, daß, wie der Anmelder geltend macht, am 12. August 1998 ein Antrag auf Verfahrenskostenhilfe vom 28. Juli 1998 beim Patentamt eingegangen ist. Ein Antrag auf Verfahrenskostenhilfe vom 28. Juli 1998 befindet sich nicht bei der Akte. Ein solcher Antrag ist auch nicht im Feld "Anlagen" des Antrags auf Patenterteilung erwähnt, so daß sich auch die vom Patentamt erteilte Empfangsbescheinigung nicht auf einen solchen Antrag bezieht. Die Originalunterlagen zu der vorab per Telefax eingereichten Patentanmeldung sind zwar am 12. August 1998 beim Patentamt eingegangen, diese geben jedoch keinerlei Hinweise auf einen miteingereichten Antrag auf Verfahrenskostenhilfe, noch gibt es sonst irgendwelche Anhaltspunkte, die etwa auf eine nicht ordnungsgemäße Behandlung der am 12. August 1998 eingegangenen Unterlagen mit der etwaigen Folge des Verlustes einzelner Seiten oä schließen lassen könnten. Der Vortrag des Anmelders, auch wenn er hier noch zusätzlich eidesstattlich versichert er habe den Antrag auf Verfahrenskostenhilfe zusammen mit den Patentantragsunterlagen am 11. August 1998 zur Post gegeben, reicht bei dieser Sachlage zum Nachweis des Eingangs des Verfahrenskostenhilfeantrags beim Patentamt nicht aus. Der Anmelder hätte sich spätestens mit Erhalt der Benachrichtigung vom 19. Oktober 1998, und sei es auch nur telefonisch, beim Patentamt erkundigen müssen, ob sein vermeintlich gestellter Antrag auf Verfahrenskostenhilfe auch wirklich eingegangen war, was aus den genannten Gründen nicht angenommen werden kann.

b. Die Benachrichtigung des Patentamts vom 19. Oktober 1998 ist dem Anmelder wirksam zugestellt worden. Das Patentamt hat sie als Einschreiben am 26. Oktober 1998 abgesandt und diesen Tag unter Angabe der Einschreibnummer in den Akten vermerkt. Damit gilt sie gemäß § 127 Abs 1 PatG iVm § 4 Abs 1 VwZG mit dem dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als zugestellt, es sei denn, daß das zuzustellende Schriftstück nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zuge-

gangen ist; im Zweifel hat die Behörde den Zugang des Schriftstücks und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen. Solche Zweifel bestehen vorliegend nicht, auch nicht im Hinblick auf die nicht korrekte Hausnummer bei der Anschrift, denn der Anmelder hat nicht geltend gemacht, die Benachrichtigung nicht oder erst später erhalten zu haben. Er hat vielmehr im Beschwerdeverfahren angegeben, die Benachrichtigung erhalten zu haben, womit auch der Mangel der Zustellung als geheilt anzusehen ist, § 127 Abs 1 PatG iVm § 9 Abs 1 VwZG. Es verbleibt daher dabei, daß sie am 29. Oktober 1998 als zugestellt gilt.

c. Innerhalb der Frist des § 35 Abs 3 PatG aF bzw § 34 Abs 6 PatG (Fassung vom 1. 11. 1998 bis 31. 12. 2001) ist weder die Zahlung der Anmeldegebühr erfolgt noch ist, was ebenfalls ausreichend gewesen wäre, vgl § 134 PatG, ein Antrag auf Verfahrenskostenhilfe gestellt worden. Infolge der Versäumung der Frist zur Zahlung der Anmeldegebühr gilt die Anmeldung als zurückgenommen.

2. Zur Beseitigung dieses Rechtsnachteils hat der Anmelder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt. Der Wiedereinsetzungsantrag ist unzulässig.

Der am 24. Oktober 1999 gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung ist zwar noch rechtzeitig vor Ablauf eines Jahres nach Ablauf der versäumten Frist gestellt (§ 123 Abs 2 Satz 4 PatG) worden. Jedoch hat der Anmelder, wie schon vom Patentamt zutreffend festgestellt, die versäumte Handlung nicht rechtzeitig gemäß § 123 Abs 2 Satz 3 PatG innerhalb der Zweimonatsfrist nach Wegfall des Hindernisses nachgeholt. Das Hindernis ist vorliegend spätestens mit Erhalt des patentamtlichen Bescheides vom 17. Dezember 1999 weggefallen. Zwar steht mangels förmlicher Zustellung dieses Bescheides nicht fest, wann ihn der Anmelder genau erhalten hat, doch selbst wenn man zugunsten des Anmelders diesen Zeitpunkt erst dann als gegeben ansieht, als er Mitte Januar 2000 auf diesen Bescheid geantwortet hat, hat er diese Zweimonatsfrist versäumt. Innerhalb dieser Frist hätte entweder die Anmeldegebühr gezahlt oder ein mit sämtlichen Unterlagen versehener Verfahrenskostenhilfeantrag eingereicht werden müssen; die bloße Stellung

des Verfahrenskostenhilfeantrags reicht als Nachholung der versäumten Zahlung nicht aus (vgl Busse, PatG, 5. Aufl, § 134 Rdn 7; Benkard, PatG, 9. Aufl, § 134 Rdn 4, jeweils mwN). Dies ist nicht geschehen. Die erst Ende März 2001 erfolgte Zahlung der Anmeldegebühr ist als Nachholung der versäumten Handlung über ein Jahr zu spät erfolgt.

3. Das am 4. Dezember 2001 eingegangene Schreiben des Anmelders konnte, da der Senat seine Entscheidung einen Tag zuvor bereits verkündet hatte, nicht mehr berücksichtigt werden. Davon abgesehen enthält es aber nur Ausführungen, die im wesentlichen bereits Gegenstand der Erörterung in der mündlichen Verhandlung gewesen sind und auf deren Grundlage der Senat seine Entscheidung getroffen hatte.

Schülke

Püschel

Schuster

Pr