



# BUNDESPATEENTGERICHT

35 W (pat) 12/14

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

**betreffend das Gebrauchsmuster ...**  
**(hier: Beschwerde gegen Kostenfestsetzung)**

hat der 35. Senat (Gebrauchsmuster-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 28. September 2015 durch die Vorsitzende Richterin Werner, den Richter Eisenrauch sowie die Richterin Bayer

beschlossen:

1. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss der Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts vom 2. Juli 2014 gilt als nicht eingelegt.
3. Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr wird angeordnet.

**Gründe**

**I.**

Die Beschwerdegegnerin war Inhaberin des am 19. September 2006 angemeldeten Gebrauchsmusters ... (Streitgebrauchsmuster) mit der Bezeichnung „...“. Die Beschwerdeführerin hat mit

Schriftsatz vom 6. Mai 2010, unterschrieben von Rechtsanwalt W..., eingegangen beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) am 6. Mai 2010, die vollumfängliche Löschung des Gebrauchsmusters wegen mangelnder Schutzfähigkeit beantragt. In demselben Schriftsatz hat Rechtsanwalt W... u. a. auch mitgeteilt, dass der Schriftsatz in Kooperation mit Rechtsanwalt A..., A1..., Berlin verfasst worden sei. Dieser solle ebenfalls als Verfahrensbevollmächtigter notiert werden. Außerdem bat Rechtsanwalt Dr. W... darum, aus Vereinfachungsgründen etwaige Korrespondenz in dieser Akte zunächst an A... zuzustellen.

Die Beschwerdegegnerin hat dem Löschungsantrag nicht widersprochen, weshalb das Streitgebrauchsmuster gelöscht wurde.

In dem Schriftsatz vom 30. September 2010 mit dem Briefkopf der Kanzlei A1..., unterzeichnet von A..., steht im letzten Absatz der Satz, „Falls noch nicht erfolgt, bestellen wir uns hiermit als weiteren Vertreter der Löschungsantragstellerin zusätzlich zu der Kanzlei“.

Mit Beschluss vom 17. April 2012 hat die Gebrauchsmusterabteilung I des Patentamts in der Gebrauchsmusterlöschungssache der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens auferlegt (isolierte Kostenentscheidung).

Mit Schriftsatz vom 11. November 2013 beantragte W..., gemäß den seinem Schriftsatz als Anlage 1 und 2 anliegenden Kostennoten die Kosten mit Zinsausspruch festzusetzen. Beigefügt war eine Kostennote von W... und eine Kostenrechnung der A1... Kanzlei. Der jeweils geforderte Betrag belief sich auf 11.714,80 Euro.

Mit Kostenfestsetzungsbeschluss des DPMA vom 2. Juli 2014 wurden die durch die Antragsgegnerin an die Antragstellerin zu erstattenden Kosten auf

1.451,-- Euro festgesetzt (plus Zinsauspruch) und der weitergehende Antrag zurückgewiesen. Dieser Beschluss wurde mit Empfangsbekanntnis am 7. Juli 2014 an A... c/o A1... Patentanwälte in Berlin zugestellt.

Am 16. Juli 2014 hat die Antragstellerin durch ihren Vertreter Rechtsanwalt W... mit Telefax Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss vom 2. Juli 2014 eingelegt.

Mit Verfügung des Rechtspflegers vom 13. November 2014 ist die Antragstellerin darauf hingewiesen worden, dass die tarifmäßige Beschwerdegebühr in Höhe von 50 Euro nicht gezahlt worden war und daher auszusprechen sein werde, dass die Beschwerde gemäß § 6 Abs. 2 PatG als nicht eingelegt gelte.

Mit Telefax vom 19. November 2014 teilte die Antragstellerin mit, dass sie dieses Schreiben am 17. November 2014 erhalten habe und beantragte gemäß §§ 21 Abs. 1 GebrMG, 123 Abs. 2 PatG Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Der Vertreter, Rechtsanwalt W..., gab außerdem an, dass die angeblich beigefügte Rechtsmittelbelehrung dem Kostenfestsetzungsbeschluss nicht beigelegt habe. Der Eingabe vom 19. November 2014 sind eine eidesstattliche Versicherung der Büroangestellten G... vom 18. November 2014 und eine anwaltliche Versicherung des Rechtsanwalts W... vom 9. November 2014 beigefügt. G... versichert, dass schriftlich in der Akte vom Anwalt verfügt worden sei, 50 Euro spätestens am 17. Juli 2014 zu überweisen. Sie habe versehentlich diesen Auftrag nicht ausgeführt, obwohl sie in der Akte einen Erledigungsvermerk notiert habe. Sie sei für die Überweisung zuständig gewesen. Sie sei mit dem Fristenwesen vertraut und sei regelmäßig belehrt worden. Sie habe die entsprechenden Verfügungen der Anwälte bisher stets zuverlässig bearbeitet. Das gleiche hat auch Rechtsanwalt Dr. ... anwaltlich versichert. Die Akte sei ihm kurze Zeit nach seiner Verfügung mit dem Erledigungsvermerk übergeben worden, da noch die ausführliche Beschwerdebe-

gründung anzufertigen gewesen sei. Er habe keine Kenntnis davon gehabt, dass die Büroangestellte versehentlich die Verfügung nicht erledigt habe.

Mit richterlicher Verfügung vom 16. Dezember 2014 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass der Senat von einer vollständigen und ordnungsgemäßen Zustellung des angegriffenen Beschlusses ausgehe, weil ausweislich der elektronisch geführten patentamtlichen Akte die Rechtsmittelbelehrung dem zugestellten Beschluss beigelegt habe und mit dem Empfangsbekanntnis der A1... Patentanwälte Berlin vom 7. Juli 2014 der Empfang einer entsprechenden Anzahl von Blättern bestätigt worden sei.

In der Eingabe vom 19. Februar 2015, in der die Antragstellerin ihre Auffassung dargelegt hat, dass das Hindernis erst mit Erhalt des Schreibens des Bundespatentgerichts mit dem Hinweis auf die unterbliebene Zahlung weggefallen sei, hat Rechtsanwalt W... seine anwaltliche Versicherung dahingehend ergänzt, dass entsprechend der Organisationsverfügung eine Zahlung erst dann als erledigt vermerkt werden dürfe, wenn die zuständige Mitarbeiterin sich davon überzeugt habe, dass der Betrag abgebucht worden sei. Dem Vermerk der Büroangestellten sei daher zu entnehmen gewesen, dass die Überweisung getätigt und der Betrag auch abgebucht worden sei. Da die Kanzlei am Onlinebanking teilnehme und der Erledigungsvermerk angebracht worden sei, hätte der Anwalt keinen Anlass gehabt, Kontoauszüge im Hinblick auf diese Beschwerdegebühr zu überprüfen. Außerdem hat Rechtsanwalt W... angemerkt, dass das DPMA sich stets geweigert habe anzuerkennen, dass das vorliegende Verfahren schon seit 2011 ausschließlich durch seine Kanzlei geführt werde. Von den Patentanwälten „A1...“ sei ihm keine Rechtsmittelbelehrung mitübermittelt worden.

Der Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

ihr Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr zu gewähren und den Beschluss der Gebrauchsmusterab-

teilung des Deutschen Patent- und Markenamts vom 2. Juli 2014 dahingehend abzuändern, dass die dem Beschwerdeführer von der Beschwerdegegnerin für das Lösungsverfahren zu erstattenden Kosten auf insgesamt 23.429,60 Euro festgesetzt werden, und den festgesetzten Betrag mit 5 Prozentpunkten über dem Basissatz zu verzinsen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt,

den Wiedereinsetzungsantrag als unzulässig, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin ist der Auffassung, dass der Wiedereinsetzungsantrag unzulässig sei. Das Hindernis an der verspäteten Zahlung sei nicht erst mit der Mitteilung des Bundespatentgerichts entfallen, sondern bereits Anfang August 2014 zu dem Zeitpunkt, an dem der Kanzlei die Kontoauszüge zugestellt worden seien. Zu diesem Zeitpunkt hätte der Anwalt bei der gebotenen Sorgfalt erkennen können und müssen, dass die Beschwerdegebühr nicht abgebucht worden sei. Ab diesem Zeitpunkt sei die Verspätung nicht mehr unverschuldet.

Ferner sei der Antrag unbegründet. Es fehle bei der Organisationsstruktur eine Vorsorge, dass die Zahlungsfrist erst dann als erledigt gekennzeichnet werden dürfe, wenn die Zahlung auch tatsächlich durchgeführt worden sei. Die Erledigung fristgebundener Sachen sei am Abend jeden Arbeitstages anhand des Fristenkalenders zu überprüfen. Es müsse sichergestellt sein, dass die im Fristenkalender vermerkten Fristen erst gestrichen oder in anderer Weise als erledigt gekennzeichnet werden, wenn die fristgebundene Maßnahme durchgeführt worden sei. Die Zahlungsausgänge seien nicht kontrolliert worden, obwohl dies mit zumutbarem Aufwand möglich gewesen wäre, da der Anwalt einen Onlinezugang zur Bank gehabt habe und eine fristgerechte Zahlung auch noch Tage nach dem 17. Juli 2014 möglich gewesen wäre.

Wegen der weiteren Einzelheiten des wechselseitigen Vorbringens wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr wird zurückgewiesen.

Die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr wurde versäumt. Die Beschwerdegebühr ist innerhalb der Beschwerdefrist zu entrichten, also innerhalb der Zweiwochenfrist des § 62 Abs. 2 Satz 4 PatG in Verbindung mit § 17 Abs. 4 Satz 2 GebrMG. Der angegriffene Kostenfestsetzungsbeschluss vom 2. Juli 2014 ist mit Rechtsmittelbelehrung am 7. Juli 2014 an A... c/o A1... Patentanwälte wirksam zugestellt worden und hat die Beschwerdefrist in Lauf gesetzt. A... war als Vertreter genannt und aufgetreten. Auch sollten zunächst die Zustellungen an diesen gehen. An dieser Sachlage ändert sich auch nichts dadurch, dass Herr Dr. Waldenberger Schriftsätze eingereicht hat. Weder hat A... die Vertretung niedergelegt, noch wurde das Amt gebeten nunmehr nur noch an W... zuzustellen. Erst mit der Beschwerde wurde beantragt, alle künftigen Mitteilungen des Amtes in dieser Sache an die Kanzlei W... zu richten. Da der Beschluss an den als Vertreter und Zustellungsberechtigten Rechtsanwalt A... mit Rechtsmittelbelehrung wirksam zugestellt wurde, wurde die Rechtsmittelfrist in Lauf gesetzt, unabhängig davon, ob dieser Vertreter im Innenverhältnis die Rechtsmittelbelehrung an den weiteren Vertreter übermittelt hat oder nicht.

Der Wiedereinsetzungsantrag ist zulässig. Er wurde innerhalb von zwei Monaten nach Wegfall des Hindernisses gestellt. Das Hindernis ist erst mit der Mitteilung des DPMA mit dem Hinweis auf den fehlenden Eingang der Beschwerdegebühr entfallen und nicht schon bereits mit Zugang von Kontoauszügen für den fragli-

chen Zeitraum an den Vertreter. Es besteht keine Pflicht des Anwalts, wenn ihm Kontoauszüge zugesandt werden, diese daraufhin nochmals zu prüfen, ob es sich bei den Zahlungen um fristgerecht getätigte Zahlungen handelte, da auch eine Überwachung des Eingangs beim Empfänger nicht erforderlich ist (vgl. Schulte/Schell, PatG, 9. Aufl. § 123 Rn. 130).

Der Wiedereinsetzungsantrag ist aber unbegründet, da nicht festgestellt werden kann, dass die Frist ohne Verschulden versäumt wurde. Dabei ist das Verschulden des Vertreters der Beschwerdeführerin zuzurechnen (§ 85 Abs. 2 ZPO). Das Verschulden eines Anwalts an einer Fristversäumung kann auch in einem Organisationsverschulden liegen. Der Anwalt hat nicht vorgetragen, dass ein Fristenkalender geführt worden ist und wie dieser kontrolliert wird. So sind in der Regel Fristen in einen Fristenkalender einzutragen und in der Büroorganisation ist auch sicher zu stellen, dass dieser am Ende eines Tages dahingehend überprüft wird, ob alle Fristen darin gestrichen bzw. als erledigt markiert waren. Obwohl die Beschwerdegegnerin monierte, dass kein Fristenkalender geführt worden sei, hat der Anwalt sich dazu nicht erklärt und weder vorgetragen, ob ein Fristenkalender geführt wurde, noch ob eine darin vermerkte Frist gestrichen war.

Aus dem Vortrag des Anwalts ergibt sich auch nicht, dass es sich um eine Einzelanweisung gehandelt hat, die außerhalb der üblichen Büroorganisation zu erfüllen war. Gemäß dem anwaltlich versicherten Vortrag im Schriftsatz vom 9. Dezember 2015 darf G...kleinere Überweisungen tätigen. Ihr werden vom federführenden Anwalt in diesen Fällen genaue Vorgaben gemacht (Überweisungsempfänger, Betrag, Kontonummer, Verwendungszweck, Frist für Überweisung). Gemäß dem Vortrag des Vertreters der Beschwerdeführerin ist die Zahlung von Kleinstbeträgen auch in der Organisationsverfügung geregelt.

Selbst wenn man in der genauen Vorgabe durch den Anwalt eine Einzelanweisung sehen sollte, so ist damit noch nicht generell die Sache von den Anforderungen der Büroorganisation ausgenommen (vgl. BGH Beschl. V. 23.4.2013,



X ZB 13/12). So muss eine normale Endkontrolle stattfinden, wenn nicht die sofortige Ausführung der Einzelanweisung angeordnet wird, sondern dem Mitarbeiter ein zeitlicher Spielraum gelassen wird (BAG NJW 2012, 1021). Hier sollte die Mitarbeiterin die Sache spätestens am nächsten Tag erledigen, so dass hier ein zeitlicher Spielraum gegeben wurde. Das bedeutet, dass der Anwalt nicht darauf vertrauen durfte, dass die Überweisung sofort getätigt wurde, da ein Spielraum gelassen wurde. Die Anforderungen an die Ausgangskontrolle blieben daher bestehen. Die Erledigung der fristgebundenen Sachen am Abend eines jeden Arbeitstages hätte daher von einer dazu beauftragten Bürokräft anhand des Fristenkaltenders überprüft werden müssen (BGH Beschl. V. 23.4.2013, X ZB 13/12). Es ist nicht vorgetragen, dass dies geschehen ist. Insoweit unterscheidet sich der Sachverhalt im vorliegenden Fall auch von dem, der dem Fall des BGH, Beschluss vom 27. April 2010 – VIII ZB 84/09 zugrunde lag, bei dem die Streichung einer Frist durch den Anwalt selbst erfolgte, der sich im genannten Fall auf eine konkrete Auskunft seiner Angestellten verlassen durfte. Aus dem Vortrag des Vertreters ist nicht zu ersehen, wie sich eine fristgebundene Zahlung der Beschwerdegebühr im vorliegenden Fall in die übrige Büroorganisation einfügte. Durch die nur auszugsweise und punktuell angegebenen Regelungen der Büroorganisation kann ein fehlendes Organisationsverschulden nicht festgestellt werden, da der Zusammenhang fehlt, indem die nur punktuell genannten Regelungen stehen. Insbesondere ist die Organisation der Ausgangskontrolle nicht offengelegt bzw. nicht ausreichend.

### III.

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss der Gebrauchsmusterabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts vom 2. Juli 2014 gilt als nicht eingelegt.

Die Beschwerdegebühr ist innerhalb der Beschwerdefrist zu entrichten, also innerhalb der Zweiwochenfrist des § 62 Abs. 2 Satz 4 PatG in Verbindung mit § 17 Abs. 4 Satz 2 GebrMG. Die Frist begann hier mit der wirksamen Zustellung am 7. Juli 2014. Die Beschwerdegebühr wurde erst am 19. November 2014 entrichtet und der Wiedereinsetzungsantrag in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr ist unbegründet. Gemäß § 6 Abs. 2 PatKostG gilt die Beschwerde als nicht erhoben, wenn die Beschwerdegebühr nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig gezahlt wird. Eine verspätet gezahlte Gebühr wird dann zurückerstattet (vgl. Bühring, GbmG, § 18 Rdn. 58).

#### IV.

Gilt eine Beschwerde als nicht erhoben, ist eine Kostenentscheidung gemäß § 18 Abs. 2 Satz 2 GebrMG nicht gegeben (vgl. Bühring, GbmG, § 18 Rdn. 58).

#### V.

#### **Rechtsmittelbelehrung**

*Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, 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 Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.*

Werner

Eisenrauch

Bayer

Bb