

# Bundespatentgericht

10 W (pat) 6/02

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
5. August 2002

...

## Beschluss

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Patentanmeldung 196 40 358.8**

wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

hat der 10. Senat (Juristischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. August 2002 durch den Vorsitzenden Richter Schülke sowie die Richterinnen Püschel und Schuster

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Der Anmelder reichte am 22. September 1996 eine Patentanmeldung mit der Bezeichnung "Schraubengetriebe II" beim Patentamt ein. Mit Beschluss vom 5. August 1997 wurde ihm antragsgemäß Verfahrenskostenhilfe gewährt.

Mit Bescheid vom 3. Februar 1999 benachrichtigte das Patentamt den Anmelder, dass die Anmeldung als zurückgenommen gelte bzw das Patent erlösche, wenn die 3. Jahresgebühr nebst Zuschlag von 10%, insgesamt 110,00 DM, nicht innerhalb von vier Monaten nach Ablauf des Monats, in dem die Benachrichtigung zugestellt worden sei, entrichtet werde.

Auf Antrag des Anmelders stundete das Patentamt die 3. Jahresgebühr nebst Zuschlag bis 30. September 1999.

Mit Bescheid vom 6. Januar 2000 teilte das Patentamt dem Anmelder in einem Verfahren betreffend eine Zusatzanmeldung zu der vorliegenden Anmeldung mit, dass letztere als zurückgenommen gelte. Der Anmelder machte daraufhin am 31. Januar 2000 geltend, er habe für die 4. Jahresgebühr Stundung beantragt; das Verfahren könne deshalb nicht beendet sein. Hilfsweise stellte er Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Durch Beschluss vom 17. Oktober 2001 wies das Patentamt den Wiedereinsetzungsantrag mit der Begründung zurück, dass die 3. Jahresgebühr nicht innerhalb der gestundeten Frist bezahlt worden sei und die Anmeldung deshalb als zurückgenommen gelte.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Anmelders. Er trägt vor, er habe mit Schreiben vom 30. August 1999 Stundung der 4. Jahresgebühr bean-

tragt. Dieser Antrag sei dem Patentamt per Telefax und zusätzlich in einer Briefsendung gemeinsam mit weiteren sieben Stundungsanträgen auf dem Postweg übermittelt worden. Zur Glaubhaftmachung legt der Anmelder die Photokopie eines handschriftlichen Protokolls über die Absendung von acht Stundungsanträgen sowie eidesstattliche Versicherungen vom 26. November 2001 und 2. August 2002 vor.

Er beantragt sinngemäß,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Beschwerdebegründung sowie den in der mündlichen Verhandlung überreichten Schriftsatz des Anmelders vom 2. August 2002 Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Patentamt hat dem Anmelder zu Recht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 123 Absatz 1 PatG verweigert.

1) Der Anmelder hat die Frist zur Zahlung der 3. Jahresgebühr versäumt.

a) Die Benachrichtigung über die zu zahlende 3. Jahresgebühr vom 3. Februar 1999 wurde am 11. Februar 1999 abgesandt; sie gilt damit gemäß § 4 Abs 1 VwZG spätestens am 14. Februar 1999 als zugestellt. Eine Zahlung hätte sonach bis 30. Juni 1999 erfolgen müssen. Das Patentamt hat diese Zahlungsfrist auf den Stundungsantrag des Anmelders bis 30. September 1999 verlängert. Bis zu diesem Zeitpunkt wurde die 3. Jahresgebühr nicht bezahlt.

b) Die Zahlungsfrist ist auch nicht durch einen rechtzeitigen, vor dem 30. September 1999 eingegangenen weiteren Stundungsantrag hinausgeschoben worden. Der Anmelder behauptet zwar, einen Stundungsantrag für die 4. Jahresgebühr gestellt zu haben. Falls dieser Antrag bis 30. September 1999 eingegangen wäre, hätte die 3. zusammen mit der 4. Jahresgebühr erneut gestundet werden können.

Der rechtzeitige Eingang eines derartigen Stundungsantrags lässt sich aus der Patentamtsakte 196 40 358.8 aber nicht feststellen. Der Anmelder hat vielmehr erst am 31. Januar 2000 die Kopie eines solchen Antrags vorgelegt und mit der Beschwerdeschrift weiter eine handschriftliche Aufstellung über Stundungsanträge eingereicht. Der Senat hat die in dieser Aufstellung angegebenen Akten beigezogen und festgestellt, dass in diesen Verfahren Stundungsanträge vom 30. August 1999 vorhanden und auch beschieden worden sind. Ein Stundungsantrag, der den vorliegenden Fall betrifft, hat sich auch in diesen Akten nicht finden lassen.

2) Der hilfsweise gestellte Wiedereinsetzungsantrag des Anmelders ist zwar zulässig, aber nicht begründet (§ 123 Abs 1 und 2 PatG).

a) Der Zulässigkeit des Wiedereinsetzungsantrags steht nicht entgegen, dass der Anmelder in erster Linie die Einhaltung der Frist für die Stellung des Stundungsantrags behauptet und nur hilfsweise Wiedereinsetzung begehrt. Nach der Rechtsprechung kann eine Partei die rechtzeitige Vornahme einer fristgebundenen Verfahrenshandlung – z.B. die Einlegung eines Rechtsmittels - behaupten und gleichzeitig hilfsweise Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für den Fall einer vom Gericht angenommenen Versäumung der Frist beantragen (vgl BGH NJW 1997, 1312).

b) Der Wiedereinsetzungsantrag wurde rechtzeitig gestellt. Der Anmelder hat durch den Bescheid des Patentamts vom 6. Januar 2000 von der angeblichen

Fristversäumnis Kenntnis erlangt. Der Wiedereinsetzungsantrag ist am 31. Januar 2000 und damit jedenfalls innerhalb von zwei Monaten nach Wegfall des Hindernisses eingegangen (§ 123 Abs 2 Satz 1 PatG).

c) Der Anmelder hat auch die versäumte Handlung nachgeholt. Er hat zwar weder auf die 3. noch auf die 4. Jahresgebühr Zahlungen geleistet, aber innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist, nämlich am 31. Januar 2000, den nach – dem damals noch geltenden - § 18 PatG statthaften Stundungsantrag für die 4. Jahresgebühr dem Patentamt vorgelegt. Dies reicht – auch bei Versäumung der Gebührenzahlung - zur Nachholung der versäumten Handlung aus (vgl Reichspatentamt in Markenschutz und Wettbewerb (MuW) 1937, 358; Busse, Patentgesetz, 5. Aufl, § 123 Rdn 59; Benkard, Patentgesetz, 9. Aufl, § 123 Rdn 58). Der Stundungsantrag entspricht auch der für Verfahrenshandlungen geltenden Schriftform, die grundsätzlich eine Unterschrift des Antragstellers erfordert (vgl Schulte, Patentgesetz, 6. Aufl., vor § 34, Rdn 248 mNachw). Der Anmelder hat zwar am 31. Januar 2000 nur eine Fotokopie dieses Antrags vorgelegt; in Verbindung mit der Unterschrift auf dem Begleitschreiben besteht aber über die Identität des Anmelders als Urheber des Stundungsantrags kein Zweifel. Der Senat kann deshalb davon ausgehen, dass der mit dem Begleitschreiben verbundene Stundungsantrag vom Geltungswillen des Anmelders mit umfasst ist. Seine Bedürftigkeit musste er nicht erneut darlegen; sie ergibt sich hinreichend aus den im Verfahren vor dem Patentamt bisher zur Stundung und zur Verfahrenskostenhilfe vorgelegten Unterlagen.

d) Wenn der Wiedereinsetzungsantrag auch zulässig sein mag, erweist er sich doch als unbegründet.

Nach § 123 Abs 1 Satz 1 PatG wird Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur gewährt, wenn der Anmelder ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war. Verschulden umfasst Vorsatz und jeden Grad von Fahrlässigkeit. Um Fahrlässigkeit feststellen zu können, ist grundsätzlich ein subjektiver Sorgfalts-

maßstab anzuwenden. Dabei gehen Rechtsprechung und Literatur zum Teil von derjenigen Sorgfalt aus, zu der der Beteiligte nach seinen persönlichen Verhältnissen und nach der konkreten Verfahrenssituation in der Lage ist; zum Teil wird auf die Sorgfalt einer ordentlichen Prozesspartei abgestellt (vgl die Nachweise bei Busse aaO, § 123 Rdn 365).

Nach diesen Grundsätzen war der Anmelder nicht ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist gehindert. An die von ihm einzuhaltende Sorgfalt kann bei Prüfung der Frage des Verschuldens ein mindestens durchschnittlicher Maßstab angelegt werden. Der Anmelder ist offensichtlich in Patentangelegenheiten erfahren. Er reicht selbständig Anmeldungen ein, stellt Stundungs- und Verfahrenskostenhilfeanträge und ist sich auch über Folgen von Fristversäumnissen im klaren. Dies wird durch sein Verhalten im vorliegenden Verfahren und auch aus den beigezogenen Akten deutlich. Wenn der Anmelder nun behauptet und durch seine eidesstattlichen Versicherungen bestätigt, er habe auch im konkreten Fall den Stundungsantrag abgeschickt, so mag dies in rückschauender Betrachtung aus subjektiver Sicht so gewesen sein. Mindestens genau so wahrscheinlich ist aber, dass der Anmelder bei der nicht unerheblichen Zahl der von ihm geführten Patentanmeldeverfahren unter Missachtung der unter diesen Umständen gebotenen Sorgfalt die Übersicht über bereits gestellte oder nicht gestellte Stundungsanträge verloren hat und die Absendung des Antrags im vorliegenden Verfahren deshalb unterblieben ist. In dem handschriftlichen Protokoll über die abgesandten Stundungsanträge, das er in der mündlichen Verhandlung im Original vorgelegt hat, ist zwar auch die streitgegenständliche Patentanmeldung aufgeführt. Dies besagt aber noch nicht, dass der Stundungsantrag tatsächlich abgesandt worden ist, zumal das Protokoll über angeblich am 30. August 1999 abgesandte Stundungsanträge erst am 18. September 1999 erstellt worden ist. Der Senat hält es für wenig wahrscheinlich, dass sowohl die Übertragung per Telefax nicht funktioniert haben als auch das per Post übermittelte Original des Stundungsantrags nicht beim Patentamt eingegangen bzw. „verloren“ gegangen sein sollen, zumal die Postsendung zusammen mit den sieben anderen Stundungsanträgen abgesandt wurde,

die nachweislich alle beim Patentamt eingetroffen sind. Ein Sendeprotokoll, aus dem sich die Absendung des konkreten Stundungsantrags belegen lässt, hat der Anmelder trotz Aufforderung nicht vorgelegt. Der Senat hält es deshalb allenfalls für gleichermaßen wahrscheinlich, dass der Stundungsantrag verlorengegangen oder aber nicht gestellt worden ist. Für die Glaubhaftmachung der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen muss aber eine überwiegende Wahrscheinlichkeit gegeben sein. Die Nichtfeststellbarkeit in diesem Sinn geht zulasten des Säumigen (vgl Busse, aaO, § 123 Rdn 75 mNachw).

3) Der Senat hat von einer Zurückverweisung an das Patentamt abgesehen und in der Sache selbst entschieden, obwohl das Verfahren vor dem Patentamt wegen Entscheidung durch die unzuständige Stelle an einem wesentlichen Mangel leidet (§ 79 Abs 3 Nr 2 PatG).

Gemäß § 27 Absatz 1 Nr 1 PatG ist für die Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag im Rahmen einer Patentanmeldung die Prüfungsstelle zuständig. Am Ende des angefochtenen Beschlusses steht über der Unterschrift "Dipl.-Ing. B..." die Bezeichnung

"Patentabteilung 11". Dies ist die unzuständige Stelle, wie auch der Abteilungsleiter im Patentamt auf dem Beschluss vermerkt hat.

In solchen Fällen hat die Rechtsprechung vielfach das Vorliegen eines wesentlichen Verfahrensmangels angenommen und den patentamtlichen Beschluss aufgehoben, ohne in der Sache zu entscheiden (vgl Busse, aaO, § 79 Rdn 59; Schulte, aaO, § 79 Rdn 22, 23 mNachw). Wesentlich sind solche Mängel, die das Verfahren nicht mehr als ordnungsgemäße Entscheidungsgrundlage erscheinen lassen; auch darf nicht auszuschließen sein, dass der angefochtene Beschluss auf diesen Mängeln beruht. Trotz des Verfahrensmangels sollte aber nicht zurückverwiesen werden, wenn die Sache entscheidungsreif ist (vgl BGH BIPMZ 1977, 277; BPatGE 30, 71; 31, 212; BIPMZ 1999, 370). Vorliegend ist der Zurückweisungsbeschluss durch einen Beamten des höheren Dienstes ergangen, was dem Rang

eines an sich zuständigen Prüfers entspricht. Auch fällt die Sache vom Fachgebiet her in den Zuständigkeitsbereich der Patentabteilung 11; diese hat nämlich als zuständige Stelle die Verfahrenskostenhilfe bewilligt. Daraus ergibt sich, dass nicht eine völlig unzuständige Person entschieden hat. Eine Wiederholung des Verfahrens vor dem Patentamt ist, zumal die Sache entscheidungsreif ist, nicht erforderlich.

Der Senat hat - entgegen der Anregung des Anmelders – keine Veranlassung gesehen, die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Schülke

Püschel

Schuster

br/Na