



BUNDESPATENTGERICHT

21 W (pat) 38/08

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Patentanmeldung 103 41 241.7-22

hat der 21. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 22. Dezember 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dipl.-Phys. Dr. Winterfeldt sowie der Richter Baumgärtner, Dipl.-Ing. Bernhart und Dipl.-Phys. Dr. Müller

beschlossen:

1. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Einlegung der Beschwerde gegen den Beschluss der Prüfungsstelle für Klasse A 62 B des Deutschen Patent- und Markenamts vom 9. Oktober 2006 wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde gegen den Beschluss der Prüfungsstelle für Klasse A 62 B des Deutschen Patent- und Markenamts vom 9. Oktober 2006 gilt als nicht eingelegt.
3. Die Anträge vom 15. Mai 2007 und vom 10. Juli 2007 auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe und auf Beiordnung eines Patentanwalts werden zurückgewiesen.

Gründe

I.

Der Anmelder, Beschwerdeführer und Antragsteller (im Folgenden: Beschwerdeführer) hat am 8. September 2003 ein Patent für einen "Rettungstunnel" angemeldet und Verfahrenskostenhilfe für das Erteilungsverfahren beantragt. Mit Beschluss der Patentabteilung 1.23 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 24. Mai 2004 wurde dem Beschwerdeführer Verfahrenskostenhilfe für das Erteilungsverfahren und die im Erteilungsverfahren fällig werdenden Jahresgebühren bewilligt. Außerdem wurde ihm antragsgemäß Patentanwalt Dr. S... als Vertreter beigeordnet.

Im Prüfungsverfahren hat die Prüfungsstelle für Klasse A 62 B des Deutschen Patent- und Markenamts in einem an den Beschwerdeführer adressierten Bescheid vom 7. Februar 2006 die Patenterteilung in Aussicht gestellt, falls die in dem Be-

scheid aufgezeigten Mängel beseitigt würden. Da keine Reaktion erfolgte, wurde dem beigeordneten Anwalt mit Schreiben der Prüfungsstelle vom 17. Juli 2006 eine weitere Frist von einem Monat zur Erwidern auf den Bescheid vom 7. Februar 2006 gesetzt. Mit Beschluss vom 9. Oktober 2006 wurde die Anmeldung zurückgewiesen, da die gerügten Mängel nicht beseitigt worden waren. Laut Empfangsbekennnis des beigeordneten Patentanwalts wurde ihm der Beschluss am 5. Januar 2007 zugestellt. Am 17. März 2007 erkundigte sich der Beschwerdeführer per E-Mail nach dem Verfahrensstand, da er mit seinem Anwalt keinen Kontakt habe. Ebenfalls per E-Mail teilte ihm das Deutsche Patent- und Markenamt am 20. März 2007 mit, dass seine Anmeldung seit 6. Februar 2007 rechtskräftig zurückgewiesen worden sei. Mit einer weiteren E-Mail vom 9. April 2007 bat der Beschwerdeführer u. a. um Übersendung der Korrespondenz des Deutschen Patent- und Markenamts mit seinem Anwalt und um Informationen, wie er sich weiter verhalten solle. Am 12. April 2007 wurde der Beschwerdeführer allgemein über die Möglichkeit informiert, Wiedereinsetzung zu erlangen, mit Schreiben vom 20. April 2007 erhielt er u. a. eine Kopie des Zurückweisungsbeschlusses. In diesem Schreiben wurde der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass er Wiedereinsetzungsantrag bis spätestens 20. Mai 2007 beim Deutschen Patent- und Markenamt stellen müsse.

Mit einem am 19. Mai 2007 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Schreiben hat der Beschwerdeführer "Wiedereinsetzung der Prüfungsantrag vom 7. Februar 2006" gestellt. Da er mit dem ihm beigeordneten Patentanwalt keinen Kontakt habe, beantrage er außerdem, ihm Patentanwalt S1...beizuordnen. Am 10. Juli 2007 hat der Beschwerdeführer Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren beantragt und Unterlagen über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse vorgelegt.

II.

Die nach § 123 Abs. 1 PatG grundsätzlich mögliche Wiedereinsetzung in die Beschwerdefrist und in die Frist zur Bezahlung der Beschwerdegebühr kann vorliegend nicht gewährt werden, da der Beschwerdeführer die hierfür erforderlichen Tatsachen nicht rechtzeitig vorgetragen hat. Mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung muss auch der Antrag auf Gewährung von Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren zurückgewiesen werden. Die beabsichtigte Rechtsverteidigung oder –verfolgung des Beschwerdeführers hat keine Aussicht auf Erfolg, weil die Beschwerde als nicht eingelegt gilt.

1. Der Zurückweisungsbeschluss der Prüfungsstelle für Klasse A 62 B des Deutschen Patent- und Markenamts vom 9. Oktober 2006 ist dem anwaltlichen Vertreter des Beschwerdeführers ausweislich des Empfangsbekennnisses am 5. Januar 2007 und damit gemäß §§ 127 Abs. 1 PatG, 7 Abs. 1 S. 1 VwZG wirksam zugestellt worden. Die Monatsfrist, innerhalb der gemäß § 73 Abs. 2 PatG die Beschwerde hätte eingelegt und gemäß § 6 Abs. 1 PatKostG entweder die Beschwerdegebühr bezahlt oder nach § 134 PatG Verfahrenskostenhilfe beantragt werden müssen, ist daher am 5. Februar 2007 abgelaufen. Bis zu diesem Datum war weder Beschwerde eingelegt, noch die Gebühr bezahlt oder ein Antrag auf Verfahrenskostenhilfe gestellt worden.

2. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Einlegung der Beschwerde und zur Bezahlung der Beschwerdegebühr hat keinen Erfolg, da der Beschwerdeführer die für die Gewährung der Wiedereinsetzung erforderlichen Tatsachen nicht innerhalb der 2-Monats-Frist des § 123 Abs. 2 PatG vorgetragen hat.

2.1. Allerdings liegt, wenn auch nicht ausdrücklich, ein Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist des § 73 Abs. 2 PatG vor, die nach § 6 Abs. 1 S. 1 PatKostG auch für die Bezahlung der Beschwerdegebühr gilt. Es kann hier zugunsten des Beschwerdeführers davon ausgegangen werden, dass er mit seiner am

19. Mai 2007 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Bitte auf "Wiedereinsetzung der Prüfungsantrag vom 7. Februar 2007" Beschwerde eingelegt und gleichzeitig Wiedereinsetzung in die versäumte Beschwerdefrist beantragt hat. Aus den Gesamtumständen des vorliegenden Falls ergibt sich unabhängig von der unrichtigen Wortwahl eindeutig, dass es dem Beschwerdeführer um die Überprüfung des Zurückweisungsbeschlusses ging. Der Beschwerdeführer wollte ersichtlich das Prüfungsverfahren in den Zeitpunkt des Beanstandungsbescheids vom 7. Februar 2006 (nicht 2007) zurückversetzen. Dies konnte er nur über die Aufhebung des Zurückweisungsbeschlusses vom 9. Oktober 2006 erreichen, also nur im Wege der Beschwerde. Da deren Zulässigkeit davon abhängt, dass der Ablauf der Beschwerdefrist einer Überprüfung des angefochtenen Beschlusses nicht entgegensteht, beinhaltet das Schreiben vom 19. Mai 2007 bei sinnvoller Auslegung neben der Beschwerde auch einen Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist des § 73 Abs. 2 PatG.

2.2. Nach § 123 Abs. 2 PatG ist jedoch nicht nur erforderlich, den Antrag auf Wiedereinsetzung innerhalb von zwei Monaten nach Wegfall des Hindernisses schriftlich zu stellen. Vielmehr sind innerhalb dieser zwei Monate alle versäumten Handlungen nachzuholen und insbesondere die eine Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen vorzutragen, was hier aber nicht geschehen ist.

2.2.1. Zu diesen Tatsachen gehören vor allem die Umstände, die einer rechtzeitigen Beschwerde entgegengestanden haben. Nachdem der Zurückweisungsbeschluss dem anwaltlichen Vertreter des Beschwerdeführers spätestens am 5. Januar 2007 wirksam zugestellt worden war, hätte der Beschwerdeführer dartun müssen, ob und aus welchem Grund sein anwaltlicher Vertreter nach Empfang des Zurückweisungsbeschlusses daran gehindert war, Beschwerde einzulegen. Des Weiteren wäre erforderlich gewesen, darzutun, ab welchem Zeitpunkt dieses Hindernis für den beigeordneten Patentanwalt nicht mehr bestanden hat. Dies ist vorliegend nicht geschehen, wobei nicht verkannt wird, dass der Beschwerdeführer zu dem ihm beigeordneten Patentanwalt keinen Kontakt hat und deshalb aus

eigener Kenntnis hierzu keine Angaben machen kann. Nach Aktenlage und dem Vortrag des Beschwerdeführers liegt es allerdings nahe, davon auszugehen, dass das Verhalten des beigeordneten Patentanwalts grob pflichtwidrig war. Pflichtwidriges Verhalten des Anwalts löst aber allenfalls Schadensersatzansprüche ihm gegenüber aus, stellt aber kein Hindernis im Sinn von § 123 PatG dar.

2.2.2. Weiterhin hat der Beschwerdeführer nicht innerhalb der 2-Monatsfrist des § 123 Abs. 2 S. 1 PatG die Umstände vorgetragen, aus denen sich das mangelnde Verschulden an der Fristversäumung ergibt. Auch wenn zugunsten des Beschwerdeführers unterstellt wird, er habe von der Zurückweisung seiner Anmeldung erst durch die Übersendung des Zurückweisungsbeschlusses mit Schreiben des Deutschen Patent- und Markenamts vom 20. April 2007 erfahren, so dass ein in seiner Person liegendes Hindernis für die Einhaltung der Beschwerdefrist erst in der 17. Kalenderwoche 2007 weggefallen wäre, hätten die für das fehlende Verschulden maßgeblichen Umstände selbst bei großzügigster Fristbemessung bis spätestens 1. Juli 2007 vorgetragen sein müssen, was aber nicht der Fall ist. Denn auch für die Verschuldensfrage kommt es nicht (allein) auf die Person des Beschwerdeführers an. Da sich der Beschwerdeführer nach § 85 Abs. 2 ZPO grundsätzlich ein Verschulden seines anwaltschaftlichen Vertreters zurechnen lassen muss, wäre es erforderlich gewesen, dass der Beschwerdeführer rechtzeitig vorgetragen hätte, warum der ihm beigeordnete Anwalt ohne Verschulden gehindert war, die Beschwerdefrist einzuhalten. Ein solcher Vortrag fehlt. Im Übrigen ist auch nichts ersichtlich, was gegen ein Verschulden des beigeordneten Anwalts sprechen könnte, so dass es auch nicht weiter darauf ankommt, dass es der Beschwerdeführer versäumt hat, sich um eine Entpflichtung von Patentanwalt Dr. S... zu bemühen, nachdem das Deutsche Patent- und Markenamt mit Schreiben vom 11. April 2006 mitgeteilt hatte, dass "derzeit keine Gründe erkennbar sind, die eine neue Beiordnung erforderlich machen" und sich in Kenntnis des Beanstandungsbescheid nicht persönlich um das Schicksal seiner Anmeldung gekümmert hat.

2.2.3. Die Wiedereinsetzung ist demnach bereits wegen des unzureichenden Sachvortrags des Beschwerdeführers zu versagen.

Damit kommt es nicht mehr darauf an, ob die versäumte Zahlung der Beschwerdegebühr rechtzeitig innerhalb der Antragsfrist nachgeholt wurde, vorliegend in Form eines Antrags auf Gewährung von Verfahrenskostenhilfe. Es erscheint hier schon zweifelhaft, ob mit dem Deutschen Patent- und Markenamt zugunsten des Beschwerdeführers davon ausgegangen werden kann, dass er in seinem am 19. Mai 2007 eingegangenen Schreiben innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist konkludent einen Antrag auf Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren gestellt hat. Denn er hat beantragt, ihm Patentanwalt S1...beizuordnen. Dieser Antrag deutet eher darauf hin, dass er den ihm beigeordneten Anwalt, zu dem er keinen Kontakt hatte, durch einen neuen Anwalt seines Vertrauens ersetzen wollte, wie bereits einmal zuvor im Prüfungsverfahren. Dies kann aber dahinstehen, denn ein bloßer Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wäre nicht ausreichend. Eine versäumte Gebührensanzahlung ist erst dann innerhalb der Antragsfrist i. S. v. § 123 Abs. 2 S. 3 PatG nachgeholt, wenn innerhalb der Wiedereinsetzungsfrist über die Gewährung von Verfahrenskostenhilfe, die die Zahlung ersetzt, jedenfalls theoretisch hätte entschieden werden können (Busse, PatG, 6. Aufl. 2003, § 134 Rn. 7). Daran fehlt es hier, denn der Beschwerdeführer hat erst am 10. Juli 2007 die erforderlichen Unterlagen über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse vorgelegt, also erheblich außerhalb der 2-Monatsfrist.

3. Nachdem eine Wiedereinsetzung in die versäumte Beschwerdefrist nicht gewährt werden kann, gilt mangels einer möglichen rechtzeitigen Bezahlung der Beschwerdegebühr die Beschwerde nach § 6 Abs. 2 PatKostG als nicht eingelegt.

4. Damit muss auch dem Antrag des Beschwerdeführers auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren der Erfolg versagt bleiben. Unabhängig vom Vorliegen der persönlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen ist

bei der Frage, ob Verfahrenskostenhilfe gewährt werden kann, gemäß §§ 130 Abs. 1, 136 PatG, 119 S. 1, 114 S. 1 ZPO zu prüfen, ob die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung Aussicht auf Erfolg hat. Eine erfolgreiche Rechtsverfolgung oder -verteidigung scheitert hier daran, dass - wie dargelegt – wegen der Nichtgewährbarkeit der Wiedereinsetzung aufgrund der Fiktion in § 6 Abs. 2 PatKostG gar keine Beschwerde vorliegt und dem Beschwerdeführer damit die Möglichkeit genommen ist, den angefochtenen Zurückweisungsbeschluss überprüfen zu lassen.

Demnach muss auch der Antrag auf Beiordnung eines Patentanwalts zurückgewiesen werden, da § 133 PatG zwingend voraussetzt, dass für den jeweiligen Verfahrensabschnitt Verfahrenskostenhilfe bewilligt worden ist.

Dr. Winterfeldt

Baumgärtner

Bernhart

Dr. Müller

Pü