



BUNDESPATENTGERICHT

10 W (pat) 2/08

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend das Patent ... (EP ...)

wegen Wiedereinsetzung

hat der 10. Senat (Juristischer Beschwerdesenat und Nichtigkeitssenat) des Bundespatentgerichts am 20. Oktober 2011 durch den Vorsitzenden Richter Schülke, die Richterin Püschel und den Richter Eisenrauch

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Auf die am 28. Januar 2000 eingereichte Anmeldung wurde dem Patentinhaber mit Wirkung auch für die Bundesrepublik Deutschland das europäische Patent ... mit der Bezeichnung "... " erteilt, das beim Deutschen Patent- und Markenamt unter der Nummer ... geführt wird.

Für die 6. Jahresgebühr zahlte der Patentinhaber am 27. April 2005 einen Betrag von 130,- €. Das Patentamt wies den Patentinhaber mit Bescheid vom 9. Juni 2005, der an die damaligen anwaltlichen Vertreter gerichtet war, darauf hin, dass innerhalb der Frist zur zuschlagfreien Zahlung der 6. Jahresgebühr keine Zahlung erfolgt und daher der Verspätungszuschlag fällig geworden sei. Die Jahresgebühr (130,- €) mit Verspätungszuschlag (50,- €), abzüglich schon entrichteter 130,- €, sei bis zum 1. August 2005 zu zahlen. Da keine Zahlung erfolgte, vermerkte das Patentamt in der Akte, dass das Patent am 2. August 2005 wegen Nichtzahlung der Jahresgebühr erloschen ist.

Am 22. März 2006 hat der Patentinhaber Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der 6. Jahresgebühr mit Zuschlag gestellt und den ausstehenden Gebührenbetrag gezahlt. Zur Begründung wird vorgetragen, der Patentinhaber sei mit anwaltlichem Schreiben vom 18. März 2005 (beigefügt als Anlage 3) an die Zahlung der 6. Jahresgebühr erinnert worden. Nach Auftragseingang sei diese am 27. April 2005 im Wege des Online-Banking vom anwaltlichen Vertreter überwiesen.

sen worden. Aufgrund eines einmaligen Versehens sei hierbei statt der 6. Jahresgebühr (130,- € nach Gebührencode 312 060) mit Verspätungszuschlag (50,- € nach Gebührencode 312 062) nur ein Betrag von 130,- € überwiesen worden. Dieser Fehler sei erst aufgrund eines Telefonanrufs des Patentinhabers bei seinem Vertreter und einer Routineüberprüfung zwecks Zahlung der 7. Jahresgebühr im März 2006 aufgefallen. Ausweislich der als Anlage 2 in Kopie beigefügten Überweisungsliste vom 27. April 2005 enthalte die Überweisung zu dem streitgegenständlichen Aktenzeichen beim Verwendungszweck die Angabe der Gebührencodes 312 060 und 312 062, da dem Überweisenden durchaus bewusst gewesen sei, dass eine Zuschlagsgebühr zu zahlen sei. Der zu geringe Betrag basiere auf einem irrtümlichen Berechnungsfehler. Statt die Jahresgebühr mit dem Zuschlag zu addieren, habe er den Betrag des anwaltlichen Honorars mit dem Zuschlag addiert, was zufällig die Summe von 130,- € ergeben habe. In dem Erinnerungsschreiben des Vertreters an den Patentinhaber vom 18. März 2005 sei neben der amtlichen Gebühr in Höhe von 130,- € das anwaltliche Honorar in Höhe von 80,- € angegeben. Der Vertreter selbst habe die Überweisung getätigt, ohne dass ihm die fehlerhafte Addition aufgefallen sei, zumal die Summe den an sich vertrauten Betrag für die 6. Jahresgebühr ohne Zuschlag ergebe.

Das Patentamt hat mit Zwischenbescheiden vom Juli und November 2006 darauf hingewiesen, es liege keine unverschuldete Säumnis vor, wobei es auf die patentamtliche Gebührenmitteilung vom 9. Juni 2005 abgestellt hat sowie darauf, dass aus dem Antrag nicht hervorgehe, dass der Vertreter anhand einer Überprüfung seiner zugrunde gelegten Berechnungsdaten sich noch einmal über deren Richtigkeit vergewissert habe. Der Patentinhaber hat daraufhin vorgetragen, seine damaligen anwaltlichen Vertreter hätten die patentamtliche Gebührenmitteilung vom 9. Juni 2005 nicht erhalten. Daher habe für den Anwalt auch kein Anlass bestanden, die Akte vor dem 1. August 2005 zu ziehen. Die Überwachung der Jahresgebühren gehöre zudem nicht zu der routinemäßigen Aufgabe des Vertreters, sondern sei im Büro einem Mitarbeiter zugewiesen, der für die korrekte Berechnung zuständig sei. Vor der Übertragung der Daten in den Computer zur Durchführung

des Online-Bankings würden die Berechnungen vom Vertreter kontrolliert. Auch im vorliegenden Fall seien vor der Betätigung der Taste "Senden" im Online-Verfahren sämtliche Aktenzeichen und Gebührencodes der Kontrollliste überprüft worden, selbstverständlich auch die entsprechenden Beträge. Bezüglich des streitgegenständlichen Patents habe der Vertreter die Berechnung des Mitarbeiters "Mü" (Anlage 3) kontrolliert und für richtig eingestuft. Trotz einer routinemäßigen Überprüfung der eingegebenen Daten vor dem Absenden sei der Übertragungsfehler nicht aufgefallen.

Das Deutsche Patent- und Markenamt - Patentabteilung 13.EP - hat durch Beschluss vom 20. Juli 2007 den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen. Zur Begründung ist unter Bezugnahme auf die beiden patentamtlichen Zwischenbescheide im Wesentlichen ausgeführt, der Fehler bei der Überweisung wäre bei Anwendung der üblichen Sorgfalt vermeidbar gewesen, nämlich wenn der Vertreter überprüft hätte, welcher fällig gewordene Betrag für die fällige 6. Jahresgebühr zu zahlen sei. Es werde nicht glaubhaft dargestellt, dass seitens des Vertreters eine sorgfältige Überprüfung der Gebührendaten im Einzelnen tatsächlich durchgeführt worden sei, um sie anschließend fehlerfrei in das Bankprogramm für das Online-Banking zu übertragen.

Hiergegen wendet sich der Patentinhaber mit der Beschwerde, mit der er beantragt,

den Beschluss vom 20. Juli 2007 aufzuheben und dem Antrag auf Wiedereinsetzung stattzugeben.

Zur Begründung der Beschwerde wird im Wesentlichen vorgetragen, aus der Anlage 2 zum Wiedereinsetzungsantrag ergebe sich, dass am 27. April 2005 zehn Überweisungen für Jahresgebühren zu unterschiedlichen Anmeldungen korrekt durchgeführt worden seien und nur die Überweisung zu dem vorliegenden Patent einen rechnerischen Fehler beinhalte. Ausweislich der Gebührencodes zu der

Überweisung sei zu erkennen, dass tatsächlich die Feststellung einer Zahlungspflicht der 6. Jahresgebühr mit Zuschlag erkannt worden sei, es seien also offensichtlich alle Fristen ordnungsgemäß notiert worden. Bei dem Fehler handle es sich also nicht um einen Fehler, der die Zahlung eines Zuschlags von 50,- € übersehen ließ, sondern vielmehr um einen Irrtum in einem Summanden, der zu einer für Jahresgebühren mit Zuschlag nicht unüblichen Summe geführt habe. Es könne zudem sicher davon ausgegangen werden, dass der Fehler vor Fristende aufgefallen sei, wenn der Vertreter die patentamtliche Gebührenmitteilung erhalten hätte. Zudem seien auch in der früheren Kanzlei alle Überweisungen von einer zweiten Mitarbeiterin kontrolliert worden. Es sei nicht zu erklären, warum diese irrtümlich habe annehmen können, der Betrag von 130,- € entspreche dem sich aus den Gebührencodes 312 060 und 312 062 zu ermittelnden Gesamtbetrag. Das Verschulden erscheine doch eher gering, so dass es gerechtfertigt erscheine, dem Antrag auf Wiedereinsetzung stattzugeben.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet. Das Patentamt hat den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Zahlung der 6. Jahresgebühr mit Zuschlag zu Recht zurückgewiesen.

1. Der Anmelder hat die Frist zur Zahlung der 6. Jahresgebühr mit Zuschlag versäumt. Die nach Art. II § 7 IntPatÜG i. V. m. § 17 Abs. 1 PatG zu zahlende 6. Jahresgebühr ist gemäß § 3 Abs. 2 PatKostG am 31. Januar 2005 fällig gewesen und konnte gemäß § 7 Abs. 1 PatKostG bis zum 31. März 2005 zuschlagfrei, bis zum 1. August 2005 mit Verspätungszuschlag gezahlt werden (der 31. Juli 2005 war ein Sonntag). Die Zahlung des Verspätungszuschlags erfolgte erst mit Stellung des Wiedereinsetzungsantrags am 22. März 2006. Aufgrund der verspäteten Zahlung ist das Patent erloschen, § 20 Abs. 1 Nr. 3 PatG.

2. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Zahlung der 6. Jahresgebühr mit Zuschlag ist zwar zulässig, aber unbegründet. Es liegt ein dem Patentinhaber nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechenbares Verschulden seines anwaltlichen Vertreters an der Fristversäumung vor.

Wiedereinsetzung in die versäumte Frist kann gemäß § 123 Abs. 1 PatG nur gewährt werden, wenn die Frist ohne Verschulden versäumt worden ist. Verschulden umfasst Vorsatz und jeden Grad von Fahrlässigkeit. Fahrlässig handelt (s. § 276 BGB), wer die im Verkehr übliche Sorgfalt außer Acht lässt. Auch ein nur leichtes Verschulden schließt eine Wiedereinsetzung aus (vgl. Schulte, PatG, 8. Aufl., § 123 Rdn. 72 m. w. N.; BGH VersR 1985, 139; BGH VersR 1978, 521: Vertreterverschulden, wenn der Anwalt die Frist richtig berechnet, aber versehentlich mit unrichtigem Datum notiert hat; jeweils auch in juris). Nach den im Wiedereinsetzungsantrag vorgetragenen Umständen ist hier ein Verschulden des anwaltlichen Vertreters gegeben.

Der anwaltliche Vertreter hat danach am 27. April 2005 die Eingabe des Jahresgebührenbetrags in den Computer zum Zwecke der Überweisung der 6. Jahresgebühr (mit Zuschlag) an das Patentamt nicht einem Mitarbeiter überlassen, sondern selbst anhand einer von einem Mitarbeiter erstellten Gebührenliste (eingereicht als Anlage 2) vorgenommen. Hierbei hat er für das streitgegenständliche Patent als Überweisungsbetrag nur den Betrag der 6. Jahresgebühr in Höhe von 130,- € angegeben, ohne den schon fällig gewordenen Verspätungszuschlag von 50,- € hinzuzurechnen, obwohl in der Spalte Verwendungszweck der Überweisung die Gebührencodes sowohl für die Jahresgebühr als solche als auch für den Verspätungszuschlag angegeben waren. Das Vergessen einer zur Fristwahrung notwendigen Handlung, hier das unterlassene Hinzusetzen des Verspätungszuschlags zum Überweisungsbetrag, ist in der Regel schuldhaft (vgl. BGH NJW 1995, 1841; VersR 1978, 669; VersR 1975, 1028; Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl., § 233 Rdn. 26). Besondere Umstände, die ausnahmsweise eine andere Beurteilung erlauben (z. B. Erkrankung), sind nicht dargetan. Die korrekte Höhe einer

Jahresgebühr ist Bestandteil der anwaltlichen Sorgfaltspflicht. Die Höhe der Gebühr hat ein Anwalt grundsätzlich selbst zu prüfen (vgl. Schulte, a. a. O., § 123 Rdn. 125). Dass das Vergessen des Verspätungszuschlags bei der Überweisung darauf beruht, dass dem anwaltlichen Vertreter beim Addieren ein Fehler unterlief, weil er versehentlich nicht den Betrag der 6. Jahresgebühr (130,- €) mit dem Verspätungszuschlag addierte, sondern den Betrag des anwaltlichen Honorars (80,- €), lässt die nicht genügende Aufmerksamkeit und damit mangelnde Sorgfalt nicht entfallen.

Soweit der Patentinhaber auf einen Zwischenbescheid des Patentamts mit Schriftsatz vom 26. Januar 2007 weiter vorgetragen hat, der anwaltliche Vertreter habe vor Betätigung der Taste "Senden" im Online-Banking sämtliche Aktenzeichen und Gebührencodes überprüft und auch die entsprechenden Beträge, wobei er bezüglich des streitgegenständlichen Patents die Berechnung des Mitarbeiters "Mü" (Anlage 3) überprüft habe, führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Es kann daher unterstellt werden, dass es sich bei dem Vortrag um eine zulässige Ergänzung des im Wiedereinsetzungsantrag Vorgetragenen handelt, der auch nach Ablauf der zweimonatigen Antragsfrist für die Wiedereinsetzung berücksichtigt werden kann. Die erwähnte Anlage 3 betrifft das Erinnerungsschreiben des anwaltlichen Vertreters an den Patentinhaber vom 18. März 2005, und in diesem Schreiben wird, da zu diesem Zeitpunkt die zweimonatige Frist zur zuschlagfreien Zahlung noch nicht abgelaufen war, die Zahlung eines Verspätungszuschlags nicht erwähnt. Als Referenzunterlage für die Überprüfung des korrekten amtlichen Jahresgebührenbetrags ist das Schreiben daher nicht ausreichend gewesen. Bei Heranziehung einer Fassung des amtlichen Gebührenverzeichnisses gemäß dem Patentkostengesetz hätte dem Anwalt der zu geringe Gebührenbetrag auffallen können.

Soweit in der Beschwerdebegründung des weiteren vorgetragen wird, alle Überweisungen seien von einer zweiten Mitarbeiterin kontrolliert worden und auch dieser sei der zu niedrige Gebührenbetrag nicht aufgefallen, ist schon fraglich, ob

dieser Vortrag noch berücksichtigt werden kann. Grundsätzlich müssen die Tatsachen, die die Wiedereinsetzung begründen, nach § 123 Abs. 2 Satz 1 und 2 PatG innerhalb der zweimonatigen Antragsfrist für die Stellung des Wiedereinsetzungsantrags vorgetragen werden. Lediglich erkennbar unklare oder ergänzungsbedürftige Angaben, deren Aufklärung nach § 139 ZPO geboten gewesen wäre, dürfen nach Fristablauf erläutert und vervollständigt werden (vgl. Schulte, a. a. O., § 123 Rdn. 39, 41). Selbst wenn aber der neue Vortrag hinsichtlich der Einschaltung einer weiteren Mitarbeiterin noch als zulässige Ergänzung berücksichtigt wird, wäre der Wiedereinsetzungsantrag nicht begründet. Der Fehler einer Mitarbeiterin des Anwalts, mithin einer Hilfsperson, würde zwar, sofern sie hinreichend unterwiesen und überwacht worden ist, kein dem Patentinhaber zurechenbares Verschulden an der Fristversäumung begründen. Er lässt aber den vorherigen anwaltlichen Sorgfaltsverstoß, mag er auch nur gering sein, als Ursache für die Fristversäumung nicht entfallen.

Ebenso wenig ergibt sich eine andere Beurteilung dadurch, dass die patentamtliche Gebührenmitteilung vom 9. Juni 2005 den Vertretern nicht zugegangen ist. Denn hierbei handelt es sich um eine bloße, gesetzlich nicht angeordnete Serviceleistung des Patentamts, auf deren Ausbleiben sich ein Patentinhaber grundsätzlich nicht mit Erfolg berufen kann (vgl. BGH GRUR 2008, 551, Tz. 11 - Sägeblatt; Senatsbeschluss vom 15. Mai 2008, 10 W (pat) 41/06, in juris), zumal gerade eine Anwaltskanzlei selbst eine entsprechende Fristenorganisation vorzunehmen hat.

Schülke

Püschel

Eisenrauch

prä