

# BUNDESPATENTGERICHT

10 W (pat) 74/00

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am

5. März 2001

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### betreffend das Patent P 35 16 545

wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

hat der 10. Senat (Juristischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 5. März 2001 durch den Vorsitzenden Richter Bühring sowie die Richterinnen Dr. Schermer und Schuster

beschlossen:

1. Der Beschluß des Deutschen Patent- und Markenamts  
- Patentabteilung 11 - vom 20. September 2000 wird aufgehoben.
2. Das Patent P 35 16 545.6 ist nicht wegen Nichtzahlung der 13. Jahresgebühr erloschen.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Das Deutsche Patentamt erteilte F... auf die am 8. Mai 1985 eingegangene Patentanmeldung ein Patent mit der Bezeichnung "Handschuh, insbesondere Torwarthandschuh", dessen Erteilung am 17. Februar 1994 veröffentlicht wurde. Für die Jahre 1993 bis 1996 erhielt der Patentinhaber für die 9. bis 12. Jahresgebühr jeweils eine Nachricht gemäß § 17 Abs 3 PatG. Nach Erhalt der Gebührennachrichten hat er die entsprechende Gebühr jeweils bezahlt.

Mit Bescheid vom 3. September 1997 sandte das Patentamt an den Patentinhaber eine Nachricht gemäß § 17 Abs 3 PatG hinsichtlich der 13. Jahresgebühr. Der Bescheid wurde am 10. September 1997 als Einschreiben unter der Nr. 414 pp abgesandt. Eine Zahlung erfolgte nicht; das Patentamt vermerkte daraufhin unter dem 3. Februar 1998 in der Patentrolle, daß das Patent wegen Nichtzahlung der 13. Jahresgebühr erloschen ist.

Am 25. Februar 2000 wandte sich der Patentinhaber erstmals gegen die Feststellung des Erlöschens des Patents. Er machte geltend, er habe die Nachricht für die 13. Jahresgebühr nicht erhalten. Er sei in dem fraglichen Zeitraum unter der angegebenen Adresse stets erreichbar und empfangsbereit gewesen. Das Patent

sei Gegenstand eines laufenden Lizenzvertrages, aus dem nicht unerhebliche Einnahmen flössen. Er hätte deshalb die 13. Jahresgebühr nach Zustellung der Gebührennachricht – wie in den vergangenen Jahren - selbstverständlich sofort gezahlt.

In einem Zwischenbescheid vom 31. Mai 2000 behandelte das Patentamt die Eingabe des Patentinhabers als Wiedereinsetzungsantrag und teilte mit, daß der Antrag wegen Ablaufs der Jahresfrist unzulässig sei. Außerdem könne das Bestreiten des Zugangs einer Benachrichtigung nach § 17 Abs 3 PatG im Interesse der Rechtssicherheit nach Ablauf der Jahresfrist des § 123 Abs 2 Satz 4 PatG nicht mehr berücksichtigt werden.

Gegen diesen Zwischenbescheid legte der Patentinhaber Beschwerde ein. Nachdem das Patentamt ihn auf die Unzulässigkeit der Beschwerde hingewiesen hatte, bat er um Erlaß eines beschwerdefähigen Beschlusses.

Durch Beschluß vom 20. September 2000, der inhaltlich dem Zwischenbescheid vom 31. Mai 2000 entspricht, wies das Patentamt den Wiedereinsetzungsantrag zurück.

Mit der hiergegen erhobenen Beschwerde macht der Patentinhaber weiter geltend, die Nachricht vom 10. September 1997 nicht erhalten zu haben. Er trägt vor, das Patent sei seit 1995 an die Fa. A... AG lizenziert. Von dem jährlich sechsstelligen Lizenzbetrag bestreite er im wesentlichen seinen Lebensunterhalt und trage Verbindlichkeiten ab. Er habe deshalb in den vorangegangenen Jahren stets sorgfältig auf die Zahlung der Gebühren unmittelbar nach Erhalt der Gebührenbenachrichtigung geachtet, auf die er sich als juristischer Laie grundsätzlich verlassen habe, weil er sich der Fristenberechnung und –überwachung selbst nicht zugetraut habe. Über das Ausbleiben der Gebührennachricht für die 13. Jahresgebühr wie auch die 14. und 15. Jahresgebühr habe er sich keine Gedanken gemacht, weil er davon ausgegangen sei, daß nichts passieren könne,

wenn er jeder eingehenden Aufforderung Folge leiste. Wenn die Mahnung für die 13. Jahresgebühr eingegangen wäre, hätte er auch diese unverzüglich beglichen. Erst Mitte Februar 2000 habe er mit Entsetzen von seiner Lizenznehmerin erfahren, daß das Patent erloschen sei.

Der Patentinhaber beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und festzustellen, daß die 13. Jahresgebühr mit Zuschlag fristgerecht entrichtet sei;

die Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückzuverweisen mit der Maßgabe, die Patentrolle dahin zu berichtigen, daß das Patent P 35 16 545 in Kraft steht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Schriftsätze des Patentinhabers vom 12. und 29. Januar 2001 sowie den Inhalt der von ihm und seiner Ehefrau abgegebenen eidesstattlichen Versicherungen Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerde des Patentinhabers richtet sich nur gegen den Beschluß des Patentamts vom 20. September 2000. Das zunächst gegen den Zwischenbescheid vom 31. Mai 2000 eingelegte Rechtsmittel hat der Patentinhaber durch seine Erklärung im Schriftsatz vom 02. August 2000 ausdrücklich nicht weiter verfolgt.

Die Beschwerde gegen den Beschluß vom 20. September 2000 ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Der Patentinhaber hat die Frist zur Zahlung der 13. Jahresgebühr nicht versäumt. Die Frist hat nicht zu laufen begonnen, da der Zu-

gang der Nachricht nach § 17 Abs. 3 PatG vom 3. September 1997 an den Patentinhaber nicht nachgewiesen werden kann.

Das Patentamt hat die Benachrichtigung hinsichtlich der 13. Jahresgebühr am 10. September 1997 mittels eingeschriebenen Briefes zur Post gegeben. Der Tag der Absendung und die Einschreibnummer 414pp sind gemäß § 4 Abs. 2 VwZG in den Akten ordnungsgemäß vermerkt. Gemäß § 4 Abs. 1 VwZG gilt die Nachricht mit dem dritten Tag nach der Aufgabe zur Post, hier am 13. September 1997, als zugestellt, es sei denn, das zuzustellende Schriftstück ist nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen. Bei dem Zeitraum von drei Tagen handelt es sich weder um eine eigentliche noch um eine uneigentliche Frist, sondern um eine widerlegbare Vermutung des Zugangs im Sinne eines Anscheinsbeweises, die durch schlüssig begründetes Vorbringen entkräftet werden kann (vgl. BVerwG Beschl. v. 24. April 1987 – Az: 5B 132/86; BFHE 146, 27). Liegen Zweifel an der Zustellung vor, hat die Behörde den Zugang des Schriftstücks und den Zeitpunkt des Zugangs nachzuweisen.

Nach gefestigter Rechtsprechung trägt die Behörde allerdings nur bei berechtigten Zweifeln die Feststellungslast für den Zugang einer Postsendung. Berechtigte Zweifel liegen vor, wenn der Zustellungsadressat in substantiiert schlüssiger Weise einen von der gesetzlichen Zugangsvermutung des § 4 Abs. 1 VwZG abweichenden Geschehensablauf darlegt (vgl. BFHE 146, 27; Engelhardt/App. VwVG/VwZG, 4. Aufl, § 4 VwZG Anm 6). Die bloße Behauptung, die Postsendung nicht erhalten zu haben, genügt in der Regel nicht, denn damit würde die gesetzliche Vermutung ihren Sinn weitgehend verlieren und die vom Gesetzgeber vorgesehene Zustellungsart mittels eingeschriebenen Briefes wäre kaum noch praktikabel (vgl. BVerwG, Beschl vom 24. April 1987 – 5 B 132/86).

Macht ein Patentinhaber – wie vorliegend – drei Jahre nach der Feststellung des Erlöschens des Patents wegen Nichtzahlung der Jahresgebühr geltend, er habe die Gebührennachricht gemäß § 17 Abs. 3 PatG nicht erhalten, sind an seine

Substantierungspflicht strenge Anforderungen zu stellen. Ein strenger Maßstab ist deshalb gerechtfertigt, weil es eher die Ausnahme darstellt, daß sich ein Patentinhaber über einen verhältnismäßig langen Zeitraum hinweg keine Gedanken über die zu zahlenden Jahresgebühren macht. Es bedarf daher der Darlegung nachvollziehbarer Gründe, um die naheliegende Annahme einer möglichen bloßen Schutzbehauptung auszuräumen, mit der das Erlöschen eines bewußt nicht mehr aufrechterhaltenen Patents rückgängig gemacht werden soll. Das gilt umso mehr, als der behördliche Nachweis des Zugangs eines vor mehreren Jahren abgeschickten Einschreibens kaum mehr gelingen kann, weil die Post die Unterlagen über die Auslieferung des Einschreibens nicht über einen so langen Zeitraum aufbewahrt.

Nicht zu folgen vermag der Senats allerdings der Ansicht des Patentamts, im Interesse der Rechtssicherheit sei nach Ablauf der Jahresfrist des § 123 Abs. 2 Satz 4 PatG ein Bestreiten des Zugangs einer Benachrichtigung gemäß § 17 Abs. 3 PatG grundsätzlich nicht mehr zulässig. Dagegen spricht, daß die Wiedereinsetzung bei Erlöschen des Patents wegen Versäumung der Zahlungsfrist des § 17 Abs. 3 PatG streng zu unterscheiden ist von dem Fall, daß ein Erlöschen des Patents überhaupt nicht eingetreten ist, weil die Frist für die Zahlung der Jahresgebühr nicht wirksam in Lauf gesetzt worden ist. Das dem Patentinhaber nach § 4 Abs. 1 VwZG gesetzlich zustehende Recht, den Zugang der Gebührennachricht zu bestreiten unterliegt keiner gesetzlichen Ausschußfrist entsprechend der Jahresfrist des § 123 Abs. 2 Satz 4 PatG für den Antrag auf Wiedereinsetzung. Auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ist eine zeitliche Begrenzung dieses Rechts nicht gerechtfertigt. Es trifft zwar zu, daß die Eintragung des Erlöschen des Patents in der Patentrolle, auch wenn ihr materiell-rechtlich keine rechtsvernichtende Wirkung zukommt (vgl. Benkard, PatG, 9. Aufl., § 30 Rdn 9), einen Vertrauenstatbestand für die Öffentlichkeit schafft. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß ein Dritter den Gegenstand eines Patents unmittelbar nach der Eintragung seines (vermeintlichen) Erlöschens in der Rolle – und damit unabhängig von der vom Patentamt zugrundegelegten Jahresfrist - in gutem Glauben in Benutzung

nimmt, ohne daß das Patentgesetz eine der Vorschrift des § 123 Abs. 5 PatG entsprechende gesetzliche Regelung zu seinem Schutz vorsieht (vgl dazu BGH GRUR 1952, 564, 566 reSp). Der Schutz Dritter vor einer möglicherweise unrichtigen Eintragung in der Rolle, die das Patentamt durch die Wahl der weitestgehend sicheren Zustellung mit Zustellungsurkunde vermeiden kann, darf jedoch nicht zu einer grundsätzlichen Verneinung der Anwendbarkeit des § 4 Abs. 1 VwZG führen. Nach den konkreten Umständen des jeweiligen Falles kann es allerdings – wie hier – geboten sein, einen strengen Maßstab an die Substantiierungspflicht des Patentinhabers anzulegen.

Auch unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen hält der Senat den Vortrag des Patentinhabers und insbesondere die Angaben zu seinen Lizenzeinnahmen für noch geeignet, berechtigte Zweifel an dem Zugang der Nachricht zu begründen. Nach der eidesstattlichen Versicherung des Patentinhabers, an deren Richtigkeit der Senat keinen Zweifel hat, besteht seit 1995 zwischen ihm und der Fa. A... AG ein Lizenzvertrag hinsichtlich der Nutzung des Gegenstands des streitgegenständlichen Patents. Aufgrund dieses Vertrags hatte der Patentinhaber erhebliche Einnahmen, und zwar im Jahre 1997 in Höhe von ca. 40.000 DM, im Jahre 1998 von ca. 130.000 DM und im Jahre 1999 von ca. 190.000 DM einschließlich der Mehrwertsteuer. Der Senat hat sich in der mündlichen Verhandlung durch Einsichtnahme in die Lizenzabrechnungen von der Richtigkeit der angegebenen Zahlen überzeugt. Der Patentinhaber hatte demnach bereits im Jahr 1997, in dem die Nachricht hinsichtlich der 13. Jahresgebühr abgesandt worden ist, aus dem Lizenzvertrag ein monatliches Einkommen von ca. 3.300 DM, von dem er nach seinen eigenen und den – von dieser auch eidesstattlich versicherten - Angaben seiner Ehefrau seinen Lebensunterhalt zu bestreiten und auch noch Verbindlichkeiten abzutragen hatte. Vor diesem Hintergrund erscheint es schlüssig und nachvollziehbar, daß der Patentinhaber die Benachrichtigung tatsächlich nicht erhalten hat, denn er und seine Ehefrau hatten und haben ein vitales Interesse an der Aufrechterhaltung des Patents. Damit steht nach dem glaubhaften Vortrag des Patentinhabers auch nicht in Widerspruch, daß er sich trotz der Wichtigkeit des

Patents weder im Jahr 1997 noch in den Folgejahren 1988 und 1989 über die Zahlung der Jahresgebühr Gedanken gemacht hat, denn er hat sich grundsätzlich auf die Gebührennachrichten des Patentamts verlassen. Demzufolge hat er auch immer – trotz der zusätzlichen finanziellen Belastung – die mit den Patentjahren nicht unerheblich steigenden Zuschläge gezahlt. Eine eigene Fristenüberwachung hat er sich aufgrund seiner – auch eidesstattlich versicherten – persönlichen und beruflichen Umstände nicht zugetraut. Er ist vielmehr davon ausgegangen, es könne nichts passieren, wenn er immer den Gebührennachrichten Folge leistet. Nach den Gesamtumständen des vorliegenden Falles bestehen daher berechnete Zweifel am tatsächlichen Zugang der Benachrichtigung des Patentamts hinsichtlich der 13. Jahresgebühr.

In einem solchen Fall muß der Zugang der Nachricht von der Behörde nachgewiesen werden (§ 4 Abs. 1 2. Hs VwZG). Dieser Beweis kann nicht geführt werden. Die Benachrichtigung des Patentamts ist unter der Einschreibnummer „414pp“ versandt worden. Nachforschungen des Senats beim Call-Center der Deutschen Post AG und bei dem für das Patentamt zuständige Absendepostamt 26 in München sind insoweit erfolglos geblieben. Über das Call-Center können nur 11-stellige Einschreibnummern recherchiert werden; Sendungen mit dreistelliger Einschreibnummer sind in dem neu eingerichteten Computer-Recherche-System nicht mehr erfaßt worden. Der Verbleib der Sendung vom 10. September 1997 war daher auf diesem Wege nicht mehr feststellbar. Auch das Absendepostamt des Patentamts konnte wegen des eingetretenen Zeitablaufs keine Angaben mehr über die Zustellung der Sendung machen.

Da nach alledem der Beweis des Zugangs nicht geführt werden kann, ist davon auszugehen, daß die Benachrichtigung hinsichtlich der 13. Jahresgebühr den Patentinhaber nicht erreicht hat. Die in dieser Benachrichtigung gesetzte Zahlungsfrist hat daher nicht zu laufen begonnen und ist damit nicht versäumt. Über den Wiedereinsetzungsantrag des Patentinhabers brauchte deshalb nicht entschieden zu werden. Der die Wiedereinsetzung ablehnende Beschluß in dem das

Patentamt davon ausgegangen ist, die Frist zur Zahlung der 13. Jahresgebühr sei versäumt, war folglich aufzuheben. Das Patentamt wird nunmehr den Vermerk über das Erlöschen des Patents in der Rolle zu streichen haben.

Vors. Richter Bühring ist wegen Urlaubs an der Unterschrift verhindert.

Dr. Schermer

Schuster

Dr. Schermer

Pr