



BUNDESPATENTGERICHT

14 W (pat) 61/04

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

betreffend die Patentanmeldung 195 19 065.3-42

...

hat der 14. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 23. März 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Schröder sowie der Richter Dr. Wagner, Harrer und der Richterin Dr. Proksch-Ledig

beschlossen:

1. Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben.
2. Die Sache wird zur Durchführung des Prüfungsverfahrens an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückverwiesen.
3. Die Rückzahlung der Beschwerdegebühr wird angeordnet.

G r ü n d e

I.

Der Sachverhalt stellt sich aus der patentamtlichen Rekonstruktion der vernichteten Originalakte der Patentanmeldung 195 19 065.3 sowie aus der Akte des Beschwerdeverfahrens des BPatG 10 W (pat) 23/01, in dem die Original-Anmeldeakte noch vorgelegen hat, wie folgt dar:

Durch Beschluss vom 9. Dezember 1996 ist die am 19. Mai 1995 beim Deutschen Patentamt (DPA) ursprünglich von Dr. M... eingereichte, am 8. Juni 2004 auf die jetzige Anmelderin umgeschriebene Patentanmeldung mit der Bezeichnung „Verfahren und Einrichtung zur biologischen Elimination von unerwünschten lebenden und toten Partikeln aus biologischen und anderen empfindlichen Stoffgemischen“ wegen Nichteinreichung der mit Bescheid vom 23. Juli 1996 angeforderten Erfinderbenennung zurückgewiesen worden.

Die Zustellung des Beschlusses erfolgte mittels Postzustellungsurkunde (PZU) an den Rechtsvorgänger der Anmelderin durch Niederlegung bei der Post R... am 13. Dezember 1996.

Am 14. Januar 1997 vermerkte das Patentamt in der Akte, dass der Zurückweisungsbeschluss Rechtskraft erlangt habe.

Am 13. März 1997 wurde der Beschluss vom 9. Dezember 1996 von der Post R... an das Patentamt als nicht zustellbar zurückgesandt.

Mit am 3. August 1999 eingegangenem Schriftsatz vom 30. Juli 1999 gab der Rechtsvorgänger der Anmelderin an, überraschenderweise anhand des Rollenstandes festgestellt zu haben, dass ein Zurückweisungsbeschluss ergangen sei, der Rechtskraft erlangt habe. Der Zurückweisungsbeschluss sei ihm jedoch nicht ordnungsgemäß zugestellt worden, da er ihn nicht erhalten habe.

In einer Mitteilung der Prüfungsstelle 11.41 vom 16. November 1999 heißt es: "Aus der PZU ergibt sich, dass am 13. Dezember 1996 die Benachrichtigung über die vorzunehmende Niederlegung" in den Hausbriefkasten des Anmelders eingelegt worden ist".

Dem Votum der Akte 10 W (pat) 23/01 lässt sich entnehmen, dass die in der PZU vermerkte Niederlegung mit zwei Namenskürzel unterschrieben ist und der Zustellungsvermerk auf der Postsendung selbst von einem weiteren Postbediensteten unterzeichnet ist, dessen Unterschrift mit den Namenskürzeln nicht übereinstimmt.

Die Prüfungsstelle 11.41 des DPMA hat auf Bitten des Rechtsvorgängers der Anmelderin auf Erlass eines beschwerdefähigen Beschlusses einen „Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ mit Beschluss vom 19. Dezember 2000 zurückgewiesen, gegen den sich der Rechtsvorgänger der Anmelderin mit Beschwerde gewandt hat.

Über diese Beschwerde hat der 10. Senat (juristischer Beschwerdesenat) des BPatG mit Beschluss vom 14. Januar 2002, Az 10 W (pat) 23/01, entschieden.

In seiner Entscheidung hat der 10. Senat den Anmelder darauf hingewiesen, dass der Frage der ordnungsgemäßen Zustellung des Beschlusses vom 9. Dezember 1996 nur nachgegangen werden könne, wenn gegen diesen Zurückweisungsbeschluss Beschwerde eingelegt werde, mit der geltend gemacht werden müsste, dass sie nicht verspätet sei, weil die Beschwerdefrist nicht in Lauf gesetzt worden sei.

Für den Fall einer Beschwerdeeinlegung wurde dem Patentamt in den Beschlussgründen anheim gegeben, die Möglichkeit einer Abhilfe zu prüfen, wobei insbesondere zu prüfen sein werde, ob die PZU in dem Feld 11.3 die vorgeschriebene Unterschrift aufweise.

Gegen den Zurückweisungsbeschluss vom 9. Dezember 1996 hat der Rechtsvorgänger der Anmelderin mit Schriftsatz vom 25. März 2002 Beschwerde eingelegt, die beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) spätestens am 24. Februar 2003 mit den vom Vertreter des Rechtsvorgängers der Anmelderin zur Rekonstruktion der Akte eingereichten Anwaltstakten eingegangen ist.

Der Antrag der Anmelderin lautet entsprechend dem in der Beschwerdeschrift vom 25. März 2002 vom Rechtsvorgänger der Anmelderin gestellten Antrag:

1. den Beschluss der Prüfungsstelle aufzuheben und das Patent auf die obige Anmeldung zu erteilen,
2. der Beschwerde abzuhelpfen.

Die Anmelderin macht geltend, die Zustellung des Beschlusses vom 9. Dezember 1996 sei unwirksam gewesen, so dass keine Beschwerdefrist in Lauf gesetzt worden sei und die jetzt eingelegte Beschwerde nicht verspätet sei.

Die Beschwerdegebühr hat sie gleichzeitig durch Abbuchungsauftrag gezahlt.

Der Rechtsvorgänger der Anmelderin hat erklärt und eidesstattlich versichert, dass eine Benachrichtigung über die Niederlegung des mit PZU zugestellten Beschlusses nicht in seinem Briefkasten war, obwohl er im Dezember 1996 diesen täglich geleert habe. Es sei möglich, dass der Postbote (in gutem Glauben) die Benachrichtigung in den falschen oder einen nicht mehr benutzten Briefkasten eingeworfen habe. Auch sei ein möglicher häufiger Wechsel von Postboten zu berücksichtigen, weshalb eine falsche Zuordnung der Briefkästen nahe liege.

Er hat außerdem vorgetragen, der Postbote könnte die Nachricht von der Niederlegung auch deshalb nicht in seinen Briefkasten eingeworfen haben, weil immerhin schon zwei Einschreiben nicht angekommen seien, während die nachfolgende Zustellung unmittelbar an ihn Erfolg hatte.

Laut Vermerk der Registratur 664 (PAV) des DPMA vom 12. August 2002 wurde die Originalakte vernichtet und mit den am 24. Februar 2003 eingereichten Unterlagen des Vertreters des Rechtsvorgängers der Anmelderin zur Rekonstruktion der Akte Reg. Amtmann R1... zur Anlegung einer Ersatzakte vorgelegt, die am 18. Februar 2004 zur weiteren Bearbeitung an die Geschäftsstelle 660/2 weitergeleitet wurde.

Der rekonstruierten Akte liegt eine Erfinderbenennung vom 27. Juli 1999 bei, die wie aus dem Beschluss des 10. Senats hervorgeht, dem Schriftsatz vom 30. Juli 1999, eingegangen am 3. August 1999, beigelegt hat, ebenso wie ein am 17. April 2002 gestellter Prüfungsantrag gemäß § 44 PatG unter Zahlung der amtlichen Gebühr in Höhe von 350.-- EUR.

Aufgrund Verfügung vom 19. Oktober 2004 erfolgte die Vorlage der Beschwerde beim BPatG am 1. Dezember 2004.

Dieser Verfügung auf Vordruck A 9210 ist zu entnehmen, dass alle Möglichkeiten von der Prüfungsstelle angekreuzt sind, sowohl Abhilfe mit Rückzahlung der Beschwerdegebühr, wie auch Nichtabhilfe, von letzterer ist noch die Paraphe des Abteilungsleiters zur Kenntnisnahme vorhanden.

Wegen der Einzelheiten wird auf den rekonstruierten Akteninhalt P 195 19 065.3 sowie auf die Akte 10 W (pat) 23/01 und dort insbesondere auf den Beschluss des 10. Senats vom 14. Januar 2002 Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde vom 25. März 2002, die beim Patentamt spätestens am 24. Februar 2003 eingegangen ist, ist zulässig und hat insoweit Erfolg, als der angefochtene Beschluss aufzuheben und - nachdem inzwischen Prüfungsantrag gestellt ist - die Anmeldung zur beantragten Durchführung des Prüfungsverfahrens an das DPMA zurückzuverweisen war.

Zunächst kann dahingestellt bleiben, ob hier wegen Unterlassung einer gebotenen Abhilfe aufgrund der besonderen Umstände des Falles bereits ein die Aufhebung und Zurückverweisung rechtfertigender Verfahrensmangel vorliegt.

Das Abhilfeverfahren wird durch die Beschwerde kraft Gesetzes eröffnet. Die Abhilfeprüfung soll nach § 73 Abs 3 Satz 3 PatG grundsätzlich innerhalb der 1-Monatsfrist (im damaligen Zeitpunkt 3-Monatsfrist) abgeschlossen werden.

Nach Rekonstruktion der vernichteten Patentamtsakte ist die Beschwerde vom 25. März 2002 spätestens am 24. Februar 2003 beim DPMA eingegangen. Dem BPatG vorgelegt wurde die Beschwerde allerdings erst am 1. Dezember 2004, also über eineinhalb Jahre später. Dabei ist jedoch zu bemerken, dass die Monatsfrist (bzw damalige 3-Monatsfrist) eine sanktionslose „uneigentliche“ Frist ist, deren Einhaltung nur dienstaufsichtsrechtliche und keine verfahrensrechtliche Bedeutung hat und insoweit - auch wenn sich zwar jede Verschleppung der Vorlage an das BPatG verbietet - dies ohne Rechtsfolgen bleibt (vgl Busse PatG 6. Aufl. § 73 Rn 137). Es muß hier außerdem zugunsten der Prüfungsstelle davon ausgegangen werden, dass durch die mit der Rekonstruktion der Akte verbundenen Schwierigkeiten die Akte der zuständigen Prüfungsstelle mit starker Verzögerung vorgelegt wurde. Des weiteren ist davon auszugehen, dass die Prüfungsstelle - auch wenn alle Möglichkeiten auf Vordruck A 9210 angekreuzt sind -, da sie die Akten dem BPatG vorgelegt hat, letztlich entschieden hat, angesichts einer unzulässigen, weil verspäteten Beschwerde nicht abzuhelpen, obgleich in der Sache Abhilfe geboten war. Offensichtlich ist sie nach wie vor von einer ordnungsgemäßen Zustellung des Beschlusses vom 9. Dezember 1996 ausgegangen. Voraus-

setzung für eine Abhilfeentscheidung ist jedoch eine zulässige Beschwerde (vgl. Schulte, PatG 7. Aufl. § 73 Rn 98).

Entgegen der Auffassung des DPMA ist die Beschwerde jedoch zulässig, insbesondere nicht als verfristet anzusehen, da eine ordnungsgemäße Zustellung des Beschlusses vom 9. Dezember 1996 nicht (mehr) festgestellt werden kann und infolgedessen die Beschwerdefrist nicht in Lauf gesetzt wurde.

Die Frage der Zustellung konnte im Beschwerdeverfahren 10 W (pat) 23/01 nicht geklärt und entschieden werden, weil es dem 10. Senat verwehrt war, sich damit zu befassen, da gegen den Beschluss vom 9. Dezember 1996 damals noch keine Beschwerde eingelegt war und nur bei Einlegung dieses Rechtsbehelfs die Wirksamkeit der Zustellung dieses Beschlusses überprüft werden kann.

Ob sich das DPMA mit der vom 10. Senat vorgegebenen Prüfung der die Zustellung, insbesondere mit den die PZU betreffenden Fragen überhaupt auseinandergesetzt hat, ist aus der Akte nicht ersichtlich.

Diese hier nachzuholende Prüfung hat zu folgendem Ergebnis geführt:

Für Zustellungen im Verfahren vor dem Patentamt gelten, abgesehen von der auf den vorliegenden Fall aus dem Jahr 1996 nicht anwendbaren Hausverfügung Nr. 10 des Präsidenten des DPMA vom 12. August 2002, gem. § 127 PatG die Vorschriften des VwZG.

Das Patentamt hat den Beschluss gemäß § 3 VwZG zutreffend durch die Post mit PZU zugestellt, da es sich um einen Beschluss handelt, durch dessen Zustellung eine Rechtsmittelfrist in Lauf gesetzt wird. Bei dieser Zustellungsart beurkundet der Postbedienstete die Zustellung (§ 3 Abs 2 Satz 1 VwZG). Nach § 3 Abs 3 VwZG gelten hier für das Zustellen durch den Postbediensteten die Vorschriften der §§ 177 ff. ZPO in der bis zum 30. Juni 2002 geltenden Fassung, nachfolgend a.F.. Nach § 3 Abs 3 VwZG iVm § 82 ZPO a.F. (Ersatzzustellung) kann der Postbedienstete - wie hier geschehen - die Zustellung bewirken, indem er das Schriftstück bei der Postanstalt des Zustellungsorts niederlegt und eine schriftliche Mit-

teilung über die Niederlegung unter der Anschrift des Empfängers in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise abgibt. Üblich ist der Einwurf in den Hausbriefkasten (BFH in der nicht veröffentlichten amtlichen Sammlung 1996,567, zitiert in BFHE 183,3).

Ob der Postbedienstete im vorliegenden Fall nach diesen Grundsätzen verfahren ist, kann ausweislich der PZU vom 13. Dezember 1996 angesichts deren Vernichtung nicht mehr festgestellt werden.

Die PZU begründet zwar als öffentliche Urkunde i. S. des § 418 Abs 1 ZPO in Verb. mit § 98 VwGO den vollen Beweis der darin vom Postzusteller bezeugten Tatsachen (BFH IV B 15/97 zitiert von Vahle, Jürgen in DVP 2000, 264 mit Hinweis auf weitere, jeweils nicht veröffentlichte Beschlüsse des BFH).

Allerdings kann nach § 418 Abs 2 ZPO derjenige, zu dessen Nachteil sich die gesetzliche Beweisregel auswirkt, den Beweis für die Unrichtigkeit der beurkundeten Tatsachen antreten (BGH NJW 1990,2125). Ein derartiger Beweisantritt verlangt seinerseits den vollen Nachweis eines anderen Geschehensablaufs. Aus diesem Grund muss ein Beweisantritt substantiiert sein, d.h. es muss nach dem Vorbringen des Beteiligten eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen dargelegt werden. Ein bloßes Bestreiten genügt hierfür nicht (BGH NJW 2000, 1872,1873).

Insoweit hat hier der Rechtsvorgänger der Anmelderin ausreichend substantiiert Umstände dargelegt, die ein Fehlverhalten des Postzustellers bei der Zustellung zu belegen geeignet sind. Er hat u a vorgetragen, es sei nicht auszuschließen, dass die Benachrichtigung über die Zustellung in einen nicht mehr benutzten Briefkasten eingeworfen wurde, zumal eine falsche Zuordnung der Briefkästen aufgrund häufigen Wechsels der Postzusteller nahe gelegen habe. Wenn ihm tatsächlich eine Benachrichtigung über den Beschluss vom 9. Dezember 1996 in seinen Hausbriefkasten eingelegt worden wäre, hätte er diese auffinden müssen, was aber trotz regelmäßiger Leerung des Briefkastens im Dezember 1996 nicht der Fall gewesen sei.

Das Vorbringen ergibt danach, dass der geltend gemachte Verfahrensmangel einer nicht ordnungsgemäßen Zustellung bestehen kann.

Auf den Beweis einer nicht ordnungsgemäßen Zustellung durch die Anmelderin kommt es hier jedoch letztlich nicht an, da jedenfalls nicht mehr aufgeklärt werden kann, ob eine formell korrekte PZU vorgelegen hat, welcher die genannte Beweiskraft bezüglich der Beschlusszustellung zukommt. Die nach §§ 212 Abs 1, 195 Abs 2 ZPO a.F. von dem Postbediensteten über die Zustellung aufzunehmende Urkunde muss nach § 191 Nr 7 ZPO a.F. seine Unterschrift enthalten. Für die Unterschrift ist ein die Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnender individueller Schriftzug zu verlangen, der sich nicht nur als Namenskürzel (Paraphe, Handzeichen) darstellt (vgl dazu OLG Frankfurt NJW 1993, 170 und 3079; Baumbach-Hartmann ZPO, 60. Aufl. Anhang nach § 213a, § 91 Fassung bis 30.6.02 Rn 13).

Die PZU und damit die dort in Ziff. 1 vermerkte Mitteilung über die Niederlegung wie auch der Beschluss vom 9. Dezember 1996 ist nach Vernichtung der Original-Akte in der rekonstruierten Akte nicht mehr enthalten. Aus der beigezogenen Akte des 10. Senats – 10 W (pat) 23/01 – ergibt sich, dass der Zurückweisungsbeschluss bei der Post in R... hinterlegt und am 13. März 1997 an das DPA zurückgesandt worden ist, die Niederlegung mit zwei Namenskürzel (Paraphen) unterschrieben ist und der Zustellungsvermerk auf der Postsendung selbst von einem weiteren Postbediensteten unterzeichnet ist, dessen Unterschrift mit den Namenskürzel nicht übereinstimmt.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt mithin, dass der nicht mehr vorhandenen PZU hier nicht der Beweiswert dieser ansonsten öffentlichen Urkunde zukommt, da weder der Nachweis, ob sie unterschrieben oder zB nur mit Paraphe abgezeichnet war, geführt werden noch aufgeklärt werden kann, ob die Nachricht über die Ersatzzustellung in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise, wie in § 182 ZPO aF gefordert, also in den Briefkasten des Anmelders eingeworfen und dies in der PZU formgerecht dokumentiert wurde.

Mit der Vernichtung der Akte der Patentanmeldung und damit verbundenen Vernichtung der PZU hat das DPMA praktisch gleichzeitig die Beweismöglichkeiten für eine ordnungsgemäße Zustellung vernichtet. Damit ist es auch nicht mehr Sache der Anmelderin, Gegenbeweis zu führen.

Von einer ordnungsgemäßen Zustellung des Beschlusses vom 9. Dezember 1996 kann somit nicht ausgegangen werden.

Eine Heilung der Zustellungsmängel gemäß § 9 VwZG kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht, nachdem der Rechtsvorgänger der Anmelderin den tatsächlichen Erhalt der Benachrichtigung über den niedergelegten Beschluss in Zweifel gezogen hat und deren Zugang bei ihm auch auf andere Weise nicht nachgewiesen werden kann.

Nachdem die Frage einer ordnungsgemäßen Zustellung des Beschlusses vom 9. Dezember 1996 anhand der rekonstruierten Akte, insbesondere des nicht mehr Vorliegens der PZU nicht mehr aufklärbar ist und angesichts seines substantiierten Vortrags diese nicht zum Nachteil des Anmelders unterstellt werden darf sowie durch Vorlage der Erfinderbenennung der Zurückweisungsgrund entfallen und die Beschwerde damit auch begründet ist, musste die Beschwerde auch aus dem im Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg haben.

Danach war der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache zur beantragten Prüfung an das DPMA zurückzuverweisen (§ 79 Abs 3 Ziff 1 PatG).

Bei dieser Sachlage erscheint daher auch die Rückzahlung der Beschwerdegebühr aus Billigkeitsgründen angezeigt, insbesondere deshalb, weil sich das DPMA

mit den Vorgaben des 10. Senats sowie dem erheblichen Vorbringen der Anmelderin offensichtlich nicht auseinandergesetzt hat (§ 73 Abs 3 Satz 3 PatG).

Schröder

Wagner

Harrer

Proksch-Ledig

Na