

# BUNDESPATENTGERICHT

## Leitsatz

---

<b>Aktenzeichen:</b>	7 W (pat) 35/10
<b>Entscheidungsdatum:</b>	8. Dezember 2010
<b>Rechtsbeschwerde zugelassen:</b>	nein
<b>Normen:</b>	§ 35 Abs. 2 PatG

---

VCR-Antrieb

Zum Nachweis eines von der Feststellung des Anmeldezeitpunktes durch das Patentamt abweichenden früheren tatsächlichen Eingangs der Anmeldeunterlagen bei deren Übermittlung per Fax (Fortführung von BGH, WM 2004, 648).



# BUNDESPATENTGERICHT

7 W (pat) 35/10

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
8. Dezember 2010

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

**betreffend die Patentanmeldung 10 2008 003 108.9**

...

hat der 7. Senat (Technischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 2010 durch den Vorsitzenden Richter Dipl.-Ing. Univ. Höppler und die Richter Schwarz, Dipl.-Ing. Hilber und Dipl.-Ing. Schlenk

beschlossen:

Der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 22. Februar 2010 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung über die Patentanmeldung an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückverwiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die Anmelderin hat, vertreten durch ihre Verfahrensbevollmächtigten, das Streitpatent mit der Bezeichnung

#### *VCR-Antrieb Nebetrieb ohne PKG*

unter dem Datum 31. Dezember 2007 beim Deutschen Patent- und Markenamt per Fax angemeldet. Ausweislich des in der Akte befindlichen Faxausdruckes sind die 14 Seiten umfassenden Anmeldeunterlagen vom Faxgerät der Verfahrensbevollmächtigten der Anmelderin am 31. Dezember 2007 zwischen 23:18 Uhr und 23:22 Uhr an das Deutsche Patent- und Markenamt abgesendet worden. Dessen Faxgerät weist demgegenüber als Zeitpunkt der Speicherung der übermittelten Daten erst den 1. Januar 2008 um 00:36 Uhr aus.

Aufgrund des vom Eingangsfaxgerät des Deutschen Patent- und Markenamts ausgewiesenen Eingangszeitpunktes hat die Prüfungsstelle in der Empfangsbestätigung als Eingangsdatum den 1. Januar 2008 festgelegt. Die Anmelderin hat hierauf die Änderung des Anmeldedatums auf den 31. Dezember 2007 beantragt; dies wurde u. a. auf das Sendeprotokoll des Faxgerätes ihrer Vertreter gestützt, demzufolge die Übertragung am 31. Dezember 2007 um 23:18 Uhr begonnen

hatte und ausweislich des empfangenen Quittierungssignals des Empfangsfaxgerätes des Deutschen Patent- und Markenamt über die vollständige Übertragung der übersandten 14 Seiten (im Folgenden als "OK-Status" bezeichnet) 4:24 Minuten gedauert hat. Dass die Übertragung vor Mitternacht begonnen und vor Mitternacht abgeschlossen gewesen sei, habe ihr Verfahrensbevollmächtigter anhand einer Funkuhr und zusätzlich auch anhand der über das Internet übertragenen Uhrzeit der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt an seinem in einem anderen Kanzleiraum befindlichen Computer kontrolliert, da die Uhrzeit bei dem Sendefaxgerät um wenige Minuten nachgehe; darüber hinaus habe er noch vor Mitternacht nach Übersendung des Faxes zu Hause angerufen. Die Anmelderin hat hieraus geschlossen, dass die Anmeldeunterlagen vor Ablauf des 31. Dezember 2007 beim Patentamt eingegangen sein müssen.

Nach den internen Untersuchungen des Patentamts soll die Faxanlage im hier fraglichen Zeitraum störungsfrei gelaufen sein, wobei die Uhrzeit der unmittelbar mit den Telefonleitungen der Deutschen Telekom verbundenen Faxserver in kurzen Intervallen über verschiedene Adressen im Internet mit der Atomzeit abgeglichen wird.

Unter Hinweis auf den störungsfreien Betrieb der Faxanlage hat das Patentamt mit Beschluss vom 9. Juli 2008 den Anmeldetag auf den 1. Januar 2008 festgesetzt. Auf die hiergegen eingelegte Beschwerde der Anmelderin hat der 10. Senat des Bundespatentgerichts mit Beschluss vom 6. April 2009 (Az. 10 W (pat) 42/08) den vorgenannten Beschluss des Patentamts aufgehoben und die Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückverwiesen, weil eine isolierte Entscheidung über den Anmeldetag unzulässig sei und über die Anmeldung nur insgesamt, wozu auch der Anmeldetag gehöre, entschieden werden könne; beharre der Anmelder dabei auf einem bestimmten Anmeldetag, könne nur die Anmeldung insgesamt zurückgewiesen werden. Für den Fortgang des Anmeldeverfahrens hat der 10. Senat darauf hingewiesen, dass die Anmelderin für den Zugang der Anmeldung zu dem von ihr beantragten Zeitpunkt die Beweislast trage.

Im weiteren Anmeldeverfahren hat die Anmelderin zum Nachweis eines Eingangs der Anmeldeunterlagen vor Ablauf des 31. Dezember 2007 die Vernehmung ihres Verfahrensbevollmächtigten als Zeugen angeboten. Nach Vernehmung des Zeugen in der Anhörung vom 22. Februar 2010, in welcher die Anmelderin die Erteilung des beantragten Patents unter dem Anmeldetag 31. Dezember 2007, hilfsweise die Erteilung mit dem Anmeldetag 1. Januar 2008 beantragt hat, hat das Deutsche Patent- und Markenamt mit Beschluss vom 22. Februar 2010 den Antrag auf Erteilung des Patents mit dem Anmeldetag 31. Dezember 2007 zurückgewiesen und auf den Hilfsantrag die Weiterbehandlung der Patentanmeldung mit dem Anmeldetag 1. Januar 2008 festgestellt. Zur Begründung ist ausgeführt: Nach der internen Überprüfung seien die Faxserver und die Faxanlage des Deutschen Patent- und Markenamts an den betreffenden Tagen störungsfrei in Betrieb gewesen. Nach 22:30 Uhr seien nur wenige Faxsendungen eingegangen, so dass eine Überlastung auszuschließen sei. Da vor der streitgegenständlichen Anmeldung am 1. Januar 2008 bereits Faxe Dritter eingegangen seien, könne auch eine Verschiebung der streitgegenständlichen Faxsendung ausgeschlossen werden. Infolge der Störungsfreiheit sei trotz der Aussage des vernommenen Zeugen über eine frühere Absendung davon auszugehen, dass die amtsseitig festgestellte Eingangszeit der Faxsendung im Deutschen Patent- und Markenamt korrekt sei, so dass der dort amtsseitig festgestellte Eingangszeitpunkt für die Festlegung des Anmeldetages ausschlaggebend sei. Dementsprechend sei der Antrag auf Erteilung des Patents mit dem Anmeldetag 31. Dezember 2007 zurückzuweisen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit welcher sie ihr ursprüngliches Begehren auf Erteilung des Patents mit dem Anmeldetag 31. Dezember 2007 weiterverfolgt. Sie beantragt,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 22. Februar 2010 aufzuheben und die Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückzuverweisen.

In der mündlichen Verhandlung hat der Senat den von der Anmelderin benannten Zeugen Patentanwalt S... zur Frage des Zeitpunkts der Faxabsendung der Anmeldeunterlagen vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Verhandlungsprotokoll Bezug genommen.

## II.

- A. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Das Deutsche Patent- und Markenamt hat zu Unrecht die Patentanmeldung mit dem Anmeldetag 31. Dezember 2007 zurückgewiesen.
1. Für die Festlegung des Anmeldetages ist nach § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 PatG auf den Tag abzustellen, an welchem die Anmeldeunterlagen (vollständig) beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangen sind. Maßgeblich ist danach allein der Zeitpunkt des (vollständigen) Eingangs, während der Zeitpunkt, an dem der Anmelder die Unterlagen an das Deutsche Patent- und Markenamt abgesandt hat, ohne rechtliche Bedeutung ist. Damit vermögen Verzögerungen bei der Übermittlung der Anmeldeunterlagen weder die Festlegung eines früheren Anmeldetages noch eine hierauf gerichtete Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu rechtfertigen (vgl. BGH GRUR 1989, 36 - *Schlauchfolie*); dass allein auf den objektiven Eingangszeitpunkt abzustellen ist, so dass der Anmelder das Beförderungsrisiko trägt, ist verfassungsgemäß (vgl. BVerfG BIPMZ 1990, 247).
  2. Da die Anmeldeunterlagen der Schriftform unterliegen, hängt die Feststellung des Anmeldetages an sich davon ab, wann sie in dieser Form beim Deutschen Patent- und Markenamt vorliegen. Allerdings ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei per Fax übermittelten Schriftstücken hierfür nicht der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem sie vom

Deutschen Patent- und Markenamt ausgedruckt wurden (denn erst dann liegen die Unterlagen in Schriftform vor), sondern bereits der Zeitpunkt, zu welchem sie im Empfangsfaxgerät des Deutschen Patent- und Markenamtes vollständig gespeichert worden sind (vgl. BGH, Beschluss vom 15.09.2009, Az. XI ZB 29/08, abrufbar bei juris, dort unter Rn. 16).

3. Für die hierzu von Amts wegen zu treffenden Feststellungen über den objektiven Eingangszeitpunkt ist der Faxvermerk durch den Faxserver des Deutschen Patent- und Markenamtes ausreichend, da er gem. § 418 Abs. 1 ZPO den vollen Beweis für die darin beurkundete Tatsache (nämlich den Zeitpunkt der Speicherung im Faxserver) erbringt. Für den hiergegen möglichen Gegenbeweis (vgl. § 418 Abs. 2 ZPO) trägt daher die Anmelderin die Darlegungs- und Beweislast.
  - a) Der danach mögliche Gegenbeweis kann dabei nach allgemeiner Meinung in der Regel nicht durch die Vorlage des Absendeprotokolls geführt werden (vgl. Zöller/Stöber/Greger, ZPO, 27. Aufl., Vor § 230 Rn. 2 m. w. N.), weil das Absendeprotokoll nach der Grundregel des § 416 ZPO anders als öffentliche Urkunden keinen Beweis für die darin enthaltenen Tatsachen erbringt. Auf die vorstehenden rechtlichen Grundlagen hatte bereits der 10. Senat in seiner Entscheidung vom 6. April 2009 (10 W (pat) 42/08) zutreffend hingewiesen.
  - b) Allerdings kann der Gegenbeweis eines von der öffentlichen Urkunde (Eingangsvermerk des Faxservers des Deutschen Patent- und Markenamtes) abweichenden (früheren) Eingangs auch auf andere Art und Weise geführt werden.

- aa) Hierfür bedarf es allerdings der Feststellung des (nach Ansicht des Beschwerdeführers tatsächlichen) Eingangszeitpunktes in Übereinstimmung mit den Vorschriften des § 4 i. V. m. § 6 Abs. 2 Nr. 2 des Gesetzes über die Einheiten im Messwesen und die Zeitbestimmung (vgl. BGH, Az. XI ZB 29/08, a. a. O., Rn. 12). Die Angabe der Zeit im Ausgangsfaxgerät der Beschwerdeführerin ist hierzu aber ungeeignet, da sie nicht den danach festgelegten exakten Zeitpunkt der Datenübermittlung angibt, sondern lediglich, dass die Uhr des Faxgerätes diese Uhrzeit anzeigte (was mit der tatsächlichen Zeit nicht zwingend übereinstimmen muss); anders wäre dies nur, wenn die Uhr auf die von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt nach den vorgenannten Vorschriften übermittelte Zeit geeicht gewesen wäre, was vorliegend aber nach dem Vortrag der Anmelderin nicht der Fall war.
- bb) In der Rechtsprechung ist aber anerkannt, dass der Nachweis über den Übermittlungszeitpunkt auch durch Vorlage der Abrechnungen der Telekom nachgewiesen werden kann, weil die Zeitangaben der Telekom auf ihrer Kundenabrechnung aufgrund gesetzlicher Verpflichtung (§ 5 Nr. 1 TKV) unter regelmäßiger Abgleichung mit einem amtlichen Zeitnormal zu ermitteln sind (vgl. BGH WM 2004, 648). Allerdings hat die Anmelderin eine solche Abrechnung nicht vorgelegt. Die tragenden Gesichtspunkte dieser Entscheidung sind aber auch dann erfüllt, wenn - worauf die Anmelderin vorliegend ihre Argumentation stützt - das abgesandte Fax vom Eingangsfaxgerät des Deutschen Patent- und Markenamt mit einem sog. "OK-Status" bestätigt worden ist und der mit dem Zeitnormal übereinstimmende genaue

Zeitpunkt der Übersendung dieses "OK-Status" durch ein geeignetes Beweismittel nachgewiesen wird. Soweit der genaue Zeitpunkt der Übermittlung des sog. "OK-Status" des Empfangsfaxgerätes des Deutschen Patent- und Markenamts nämlich auf diese Weise nachgewiesen wäre, wäre nämlich in gleichem Maße wie durch Vorlage der Telekomabrechnungen der erforderliche Gegenbeweis eines von dem beurkundeten Eingangszeitpunkt der Faxanlage des Deutschen Patent- und Markenamtes abweichenden (früheren) Eingangszeitpunkts der Anmeldeunterlagen geführt. Als ein solches Beweismittel kommt dabei auch das zeugenschaftliche Beweisangebot der Anmelderin in Betracht, demzufolge ihr Vertreter die Richtigkeit des Sendeprotokolls seines Sendefaxgeräts sowie die Übermittlung des OK-Status des Empfangsfaxgerätes des Deutschen Patent- und Markenamts vor dem 31.12.2007 23:59 Uhr (ein Eingang am 1.1.2008 0:00 Uhr gehört bereits zum Folgetag, vgl. hierzu BGH MDR 2007, 1093) anhand einer Funkuhr und zusätzlich anhand der Atomzeituhr der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt im Internet festgestellt habe, so dass diesem Beweisanbieten - wovon zu Recht auch das Patentamt bereits ausgegangen war - nachzugehen war.

4. Aufgrund der vom Senat durch Vernehmung des von der Anmelderin als Beweismittel angebotenen Zeugen steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Anmeldeunterlagen abweichend von dem seitens der Faxanlage des Deutschen Patent- und Markenamt ausgewiesenen Eingangszeitpunkts (1. Januar 2008 00:36 Uhr) bereits am Vortag, dem 31. Dezember 2007, vor 23:59 Uhr beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangen sind.

Der Zeuge hat bei seiner Vernehmung vor dem Senat nämlich glaubhaft ausgeführt, dass die Übermittlung der Eingangsunterlagen noch vor Ablauf des 31. Dezember 2007 für die Anmelderin wegen eines ansonsten geltenden Entwicklungsvertrages mit einem Kunden besonders wichtig war und er in Kenntnis des Umstandes, dass er sich auf die grundsätzlich manipulierbare Uhrzeitangabe in seinem (Ausgangs-) Faxgerät nicht verlassen könne, sich in der Erwartung, dass die Fertigstellung der Unterlagen erst knapp vor Tagesablauf gelingen werde, zur Feststellung des exakten Übermittlungsvorganges der Überprüfung einer von zu Hause mitgebrachten Funkuhr und - wozu ihm erst im Büro die Idee gekommen sei - der im Internet einsehbaren Atomzeituhr der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt bedient habe. Dabei habe er eine solche Kontrolle noch gar nicht bei der hier streitgegenständlichen Anmeldung vorgenommen, weil sie aus seiner Sicht lange vor Mitternacht übersandt worden war, sondern erst bei einer nachfolgenden Anmeldung, zu deren Übermittlung er erst unmittelbar vor Mitternacht gekommen sei. Bei dieser Faxsendung habe er die Rücksendung des OK-Status seitens des Faxgerätes des Deutschen Patent- und Markenamt neben seinem eigenen Faxgerät stehend abgewartet und sich über den exakten Zeitpunkt des Eingangs dieser Rückmeldung anhand der Funkuhr und einer anschließenden Kontrolle der Atomzeituhr im Internet vergewissert; dies sei um 23:58 Uhr erfolgt.

Der Senat erachtet diese Aussage des glaubwürdig auftretenden Zeugen in allen Punkten als glaubhaft. Anhaltspunkte dafür, dass der Zeuge bewusst oder unbewusst etwas Falsches bekundet haben sollte, sind nicht ersichtlich. Vielmehr spricht für die Richtigkeit der Zeugenaussage auch das vom Senat ermittelte weitere Beweisanzeichen; danach ist nämlich auch das Fax eines Dritten, welches unmittelbar vor der hier streitgegenständlichen Faxsendung ausweislich des Ausdrucks über die im fraglichen Zeitraum dem Deutschen Patent- und Markenamt

übermittelten Faxsendungen eingegangen ist, vom Faxserver des Deutschen Patent- und Markenamt zwar als erst am 1. Januar 2008 um 00:20 Uhr eingegangen vermerkt worden, tatsächlich aber ausweislich der Kopfzeile von dessen Absender bereits am 31. Dezember 2007 um 23:20 Uhr abgesandt worden. Diese frühere Faxsendung weist damit nahezu dieselbe Zeitdiskrepanz auf wie die Übermittlung der hier streitigen Anmeldeunterlagen. Da nach den von der Anmelderin vorgelegten Unterlagen der sogenannte OK-Status seitens des Faxservers des Deutschen Patent- und Markenamtes - und zwar, wovon aufgrund der glaubhaften Aussage des vernommenen Zeugen auszugehen ist, lange vor Mitternacht - übermittelt worden ist, was bei einer fehlerhaften Telekommunikationsverbindung auszuschließen wäre, kann die Zeitverzögerung nicht mit Übertragungsproblemen erklärt werden, wie sie an sich im fraglichen Zeitraum, der durch eine stark erhöhte Beanspruchung der Telefonverbindungen (über welche auch Faxsendungen übertragen werden) gekennzeichnet ist, möglich wären; vielmehr spricht - worauf es allerdings nicht entscheidend ankommt - einiges dafür, dass die Ursache für die verspätete Zeitangabe beim Faxserver des Patentamtes liegen dürfte. Damit ist davon auszugehen, dass die Übertragung auf den Faxserver des Deutschen Patent- und Markenamtes zu dem vom Zeugen bekundeten Zeitraum erfolgreich gelungen ist, was als Nachweis für einen vom Faxserver des Deutschen Patent- und Markenamtes abweichenden Speicherzeitpunktes ausreicht. Damit ist der Anmelderin der für einen früheren Zeitpunkt des Eingangs ihrer Anmeldeunterlagen erforderliche Gegenbeweis, welcher die vermutete Richtigkeit der seitens des Patentamtes festgestellten Eingangszeitpunktes zu erschüttern geeignet ist, gelungen.

6. Damit steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die streitgegenständlichen Anmeldeunterlagen beim Deutschen Patent- und Markenamt bereits am 31. Dezember 2007 eingegangen sind, so dass dieser

Tag für die Festlegung des Anmeldetages maßgeblich ist. Aus diesem Grund kann der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes, mit dem der Antrag der Anmelderin auf Erteilung eines Patents mit dem Anmeldetag 31. Dezember 2007 zurückgewiesen und die Fortführung des Anmeldeverfahrens mit dem Anmeldetag "1. Januar 2008" beschlossen worden war, keinen Bestand haben, so dass er auf die Beschwerde der Anmelderin aufzuheben war. Da die Frage der Patentfähigkeit seitens des Deutschen Patent- und Markenamtes bislang - aus seiner Sicht folgerichtig - noch nicht geprüft worden ist, war gleichzeitig die Sache nach § 79 Abs. 3 Nr. 1 PatG an das Deutsche Patent- und Markenamt zur erneuten Entscheidung über die Anmeldung zurückzuverweisen.

Höppler

Hilber

Schlenk

Schwarz

Hu