

A		B	X	C	
---	--	---	---	---	--

Aktenzeichen: T 0682/92 - 3.3.2  
Anmeldenummer: 89 100 341.0  
Veröffentlichungs-Nr.: 0 326 816  
Klassifikation: A61K 9/22  
Bezeichnung der Erfindung: Schwimmfähiges orales therapeutisches System

**E N T S C H E I D U N G**  
vom 4. Oktober 1993

Anmelder: LTS Lohmann Therapie-Systeme GmbH & Co. KG

Patentinhaber:

Einsprechender:

Stichwort: Wiedereinsetzung/LTS LOHMANN

EPÜ: Art. 108, 122 (1)

Schlagwort: "Wiedereinsetzung (nein) - Verspätete Beschwerdebegründung;  
Fristenüberwachungssystem; Gebotene Sorgfalt; Mangelnde  
Tatsachen - die Partei trägt das Risiko"

Leitsatz  
Orientierungssatz

1. Wenn es ohne konkreten Vortrag von Tatsachen seitens des Antragsstellers weder möglich ist, die Beachtung aller gebotenen Sorgfalt, noch die tatsächlichen Ursachen der Verspätung, festzustellen, trägt der Antragssteller insoweit das Beweisrisiko (Nr. 2 - 4, vgl. J 10/91).
2. Ein Fristenüberwachungssystem, bei dem keine Überprüfungsmaßnahmen sicherstellen, daß Eintragungen im Fristenkalender auch auf entsprechenden Handlungen beruhen (hier: daß das betreffende Dokument rechtzeitig abgesandt wurde), entspricht nicht dem Erfordernis der Beachtung aller nach den Umständen gebotenen Sorgfalt (Nr. 6).



Europäisches  
Patentamt

European  
Patent Office

Office européen  
des brevets

Beschwerdekammern

Boards of Appeal

Chambres de recours

Aktenzeichen: T 682/92 - 3.3.2

**E N T S C H E I D U N G**  
der Technischen Beschwerdekammer 3.3.2  
vom 4. Oktober 1993

**Beschwerdeführer:** LTS Lohmann Therapie-Systeme GmbH & Co. KG  
Irlicherstraße 55  
W-56567 Neuwied (DE)

**Vertreter:** Neidl-Stippler, Cornelia, Dr.  
Rauchstraße 2  
W-81679 München (DE)

**Angefochtene Entscheidung:** Entscheidung der Prüfungsabteilung des  
Europäischen Patentamts vom 24. Februar 1992,  
mit schriftlichen Begründung zur Post gegeben  
am 13. März 1992, mit der die europäische  
Patentanmeldung Nr. 89 100 341 aufgrund des  
Artikels 97 (1) EPÜ zurückgewiesen worden  
ist.

**Zusammensetzung der Kammer:**

**Vorsitzender:** P.A.M. Lançon  
**Mitglieder:** E.M.C. Holtz  
A.J. Nuss

## Sachverhalt und Anträge

I. Gegen die Entscheidung der Prüfungsabteilung vom 24. Februar 1992, zur Zustellung nach Regel 78 EPÜ am 13. März 1992 zur Post abgegeben, mit der die europäische Patentanmeldung 89 100 341.0 zurückgewiesen wurde, hat die Beschwerdeführerin am 9. Mai 1992 Beschwerde eingelegt und am selben Tag die Beschwerdegebühr bezahlt.

Am 24. Juli 1992 ist die Beschwerdebegründung eingegangen, d. h. einen Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist.

II. Nachdem eine Mitteilung des EPA gemäß Artikel 108 und Regel 65 (1) EPÜ vom 7. August 1992, daß die Beschwerde nicht fristgerecht begründet sei, der Beschwerdeführerin zugestellt wurde, hat sie am 12. Oktober 1992 einen Antrag auf Wiedereinsetzung gemäß Artikel 122 EPÜ eingereicht.

III. Die Begründung des Wiedereinsetzungsantrags lautet im wesentlichen wie folgt:

"Die in unseren Unterlagen befindliche Kopie der Bestätigung über den Eingang nachgereichter Unterlagen für Patentanmeldungen/Patente beim Europäischen Patentamt (Kopie anbei) zeigt, daß diese Eingabe offensichtlich erst am 24.07.1992 beim Europäischen Patentamt eingegangen ist, während die Frist gemäß Art. 108 bereits am 23. Juli 1992 ablief.

Dazu ist festzustellen, daß diese Eingangsbescheinigungen auf ihre Rückkehr überwacht werden - die "rosa" Kopie des Durchschreibesatzes wird regelmäßig bei Eintreffen der weißen Bestätigungskopie durch diese

ersetzt. Es wird auch regelmäßig stichprobenhaft durch einen zugelassenen Vertreter beim EPA überprüft, ob die Eingangsbescheinigungen auch fristgemäß vom EPA abgestempelt worden sind - also die Schriftstücke ordnungsgemäß eingetroffen sind."

"In der Kanzlei werden Fachkräfte mit langjähriger Erfahrung, d. h. mit mehr als 5 Jahren Erfahrung in einem Patentanwaltsbüro in der Bearbeitung und Erledigung von Fristsachen beschäftigt. Die Fristen werden nur von diesen Kräften ausgetragen. In diesem Fall war die Frist ordnungsgemäß notiert und gestrichen (Kopie aus Fristenbuch anbei). Dabei werden Amtsfristen erst dann gestrichen, wenn die Eingabe unterzeichnet ist und in einen für das Patentamt bestimmten Amtsumschlag gesteckt wurde.

Die Amtspost wird sodann von zuverlässigen Kanzlei-angestellten oder auch einem Anwalt am gleichen Tage zum Amtsbriefkasten in der Corneliusstraße oder zur Annahmestelle im EPA getragen".

"Bei dieser Art der Postbeförderung, die im übrigen bisher seit über fünf Jahren ohne Beanstandung oder Fristversäumnisse durchgeführt wird, sind bisher keine Fehler aufgetreten."

Weiter wurde von der Patentanwaltssekretärin eine eidesstattliche Erklärung abgegeben, in der sie erklärt, daß sie regelmäßig die Post zum Deutschen und zum Europäischen Patentamt bringe. Die Amtspost werde am gleichen Tage, an dem sie von einem Kanzleimitglied mit einer Eingangsbescheinigung versehen werde, zum Amt gebracht. Die Frist werde erst dann gestrichen, nachdem die Amtspost in einen an das Amt adressierten Umschlag einkuvertiert sei. Obwohl die Amtspost am 15. Juli 1992

ordnungsgemäß mit der Eingangsbescheinigung versehen fertiggemacht worden sei, sei sie nicht rechtzeitig beim EPA eingegangen. Während ihrer mehrjährigen Tätigkeit als Sekretärin in dieser Kanzlei sei ihr ein derartiges Vorkommnis nicht bekanntgeworden.

- IV. Die eingereichte Kopie des Kanzleikalenders für Mittwoch den 15. Juli 1992 zeigt die folgende handgeschriebene Eintragung: "LOH 1/88 EP: Beschwerdebegründung". Diese Eintragung ist mit einem Strich durchgestrichen. Die eingereichte Kopie der Eingangsbestätigung (EPA Form 1037) zeigt den 24. Juli 1992 als das Datum des Eingangs beim EPA (Perforationsstempel). Darüber hinaus zeigt die Kopie einen Stempel mit dem Text

"EINGEGANGEN  
28. Juli 1992  
Erled....."

- V. Nachdem die Beschwerdekammer eine interne Ermittlung durchgeführt hat, ist deren Ergebnis der Vertreterin mit Bescheid vom 14. Januar 1993 mitgeteilt worden. Die Frage der Kammer an die zuständige Abteilung des EPA, ob ein Kuvert 10 Tage (15. - 24. Juli) im automatischen Briefkasten übersehen werden könne, wurde von dieser Abteilung als unwahrscheinlich betrachtet, da der Nachtbriefkasten täglich geleert werde und die Kuverts mit dem Eingangstag bestempelt würden. Weiter teilte diese Abteilung mit, daß der Nachtbriefkasten in unregelmäßigen Abständen etwa einmal wöchentlich bis einmal in zwei Wochen von der betroffenen Kanzlei benutzt worden sei. Im Zeitraum vom 15.7 - 24.7.92 sei nur ein Umschlag gefunden worden. Dieser Umschlag ist mit dem Eingangsstempel des EPA vom 24. Juli 1992 versehen.

Der Beschwerdeführerin wurde die Gelegenheit gegeben sich sowohl zum Ergebnis dieser Ermittlungen zu äussern, als auch zur Frage, ob die Beschwerdeführerin über unabhängige Beweismittel verfüge, die beweisen könnten, daß die Sendung dennoch spätestens am 23. Juli 1992 in den Briefkasten eingeworfen wurde. Weiter hat die Kammer darauf hingewiesen, daß es nützlich wäre, wenn die Beschwerdeführerin sich zu den tatsächlichen Ursachen der Verspätung äussern könnte, damit es der Kammer möglich sei, festzustellen, ob es sich um ein einmaliges Versehen innerhalb eines ansonsten gut funktionierenden Systems handelte (J 2/86 und J 3/86, ABl. EPA 1987, 362, sowie J 9/86 vom 17. März 1987 und T 612/90 vom 20. Februar 1992).

- VI. Auf diese Mitteilung hin hat die Beschwerdeführerin am 24. März 1993 zusammengefaßt folgendes geantwortet:

Die interne Ermittlung sei insofern falsch, als, gemäß Eingangbestätigungen des EPA, am 15. Juli und 18. Juli Eingaben beim Europäischen Patentamt eingegangen seien. Anscheinend sei die Eingabe vom 15. Juli bei der Eingangsstelle des EPA, die Eingabe vom 18. Juli aber in den Nachtbriefkasten, abgegeben worden. - Die Kanzlei der Vertreterin habe neulich in einem anderen Fall erst nach erheblichen Schwierigkeiten eine Bestätigung der fristgemäßen Zahlung erhalten, da die Bescheinigung zusammen mit mehreren Schecks in einer Akte beim EPA unabgestempelt abgelegt worden sei. Ein Fehler im Eingangssystem des EPA erschiene deswegen nicht völlig unwahrscheinlich, sondern möglich.

Im Falle einer Monatsfrist falle das notierte Fristende auf den Tag, der zahlenmäßig dem Tag des Eingangs entspreche. Falls dieser Tag ein Feiertag sei, werde die Frist auf den davorliegenden Werktag notiert. Ordnungs-

gemäß veranlasse das Personal stets, daß die Amtspost entweder bei der Eingangsstelle oder beim Nachtbriefkasten eingeworfen werde. Eine Überwachung, wer die Amtspost mitnehme, erfolge nicht, da dieses System seit mehr als fünf Jahren völlig reibungslos und ohne Beanstandungen arbeite.

Die Entscheidung T 869/90 vom 15. März 1991, in der eine um einem Tag verspätete Einreichung einer Beschwerdebegründung wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als wiedereinsetzbar betrachtet wurde, sei auch in diesem Fall miteinzubeziehen, weshalb die beantragte Wiedereinsetzung begründet sei.

In einer eidesstattlichen Erklärung hat die Vertreterin zusätzlich vorgetragen, daß sich das Kanzleipersonal nicht erinnern könne, daß verspätete Einreichungen in der Vergangenheit vorgekommen seien, und daß auch sie selbst keine derartige verspätete Einreichungen vorgenommen habe.

### **Entscheidungsgründe**

1. Der Wiedereinsetzungsantrag ist am 12. Oktober 1992 beim EPA eingegangen. Obwohl sich die Frage stellt, warum die Vertreterin der Beschwerdeführerin, trotz des Umstandes, daß die Eingangsbestätigung schon am 28. Juli 1992 in die Kanzlei zurückgekommen war, nicht unmittelbar festgestellt hat, daß die Beschwerdebegründung zu spät eingegangen war, geht die Kammer davon aus, daß der Beschwerdeführerin erst mit der Zustellung der Mitteilung vom 7. August 1992 bewußt wurde, daß die Frist versäumt wurde. Erst damit ist der Wegfall des Hindernisses eingetreten. Gemäß Artikel 122 (2) EPÜ i. V. mit Regel 78 (3) EPÜ müßte der Antrag somit

spätestens am 17. Oktober 1992 eingereicht sein, was auch der Fall war. Auch die Gebühr wurde rechtzeitig bezahlt.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist somit zulässig.

2. Die gesetzliche Festsetzung von Fristen für Beschwerden gegen gerichtliche und amtliche Entscheidungen dient dem Interesse der Öffentlichkeit, sich darauf verlassen zu können, daß, nach Ablauf einer solchen Frist, eine solche Entscheidung Rechtskraft gewinnt, wenn keine Beschwerde innerhalb der Frist eingegangen ist. Die Wiedereinsetzungsbedingungen müssen deswegen eng ausgelegt werden.

Artikel 122 (1) EPÜ nennt als erste Bedingung der Wiedereinsetzung eine Sorgfaltspflicht. Nach der ständigen Rechtsprechung der Beschwerdekammern obliegt es dem Anmelder, die Beachtung dieser gebotenen Sorgfalt nachzuweisen, ggf. glaubhaft darzulegen, daß das Fristenüberwachungssystem ausreichend sicher und zuverlässig ist (siehe u. a. J 9/89 vom 17. März 1987 und T 612/90 vom 20. Februar 1992, beide im ABl. EPA nicht veröffentlicht). Jedoch soll ein einmaliges Versehen innerhalb eines ansonsten gut funktionierenden Systems nicht schon allein zum Rechtsverlust führen (J 2/86 und J 3/86).

3. Um die Beachtung aller gebotenen Sorgfalt im konkreten Falle nachweisen zu können, muß der Anmelder die Tatsachen vorbringen, die seines Erachtens zu der Verspätung geführt haben. Allgemeine Behauptungen hierzu genügen nicht (vgl. T 13/82, ABl. EPA 1983, 411, und T 715/89 vom 16. März 1990, im ABl. EPA nicht veröffentlicht).

Im vorliegenden Falle fehlen solche Tatsachen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin sind nur allgemeine Behauptungen bezüglich der Zuverlässigkeit des Überwachungssystems. Zum Beispiel ist nicht einmal geklärt, ob tatsächlich die Sendung in den Nachtbriefkasten eingeworfen oder bei der Eingangsstelle abgegeben wurde. Das einzige, was ausgeschlossen scheint, ist daß die Sendung mit der Post befördert wurde.

Sowohl der Umstand, daß die Eingangsbestätigung offenbar am 28. Juli 1992 bei der Kanzlei eingegangen war, als auch der, daß auf ihr der 24. Juli 1992 als Eingangstag beim EPA für die betroffene Eingabe angegeben ist, stimmt mit dem an diesem Tag abgestempelten Umschlag, der von der zuständigen Abteilung des EPA aufbewahrt wurde, überein. Obwohl nicht mehr bewiesen werden kann, daß dieser Umschlag tatsächlich die Beschwerdebegründung enthielt, ist die Wahrscheinlichkeit dafür hoch, insbesondere im Hinblick auf die ermittelte Häufigkeit, mit der dieser Briefkasten von der Vertreterkanzlei benutzt wird, die nicht strittig ist.

Auch fehlen unabhängige Beweismittel dafür, daß einer der Angestellten in der Zeit zwischen dem 15. und 23. Juli 1992 die Sendung zum EPA gebracht hat.

Die Kammer kann somit weder die Ursachen der Verspätung feststellen, noch ob es sich um ein einmaliges Versehen innerhalb eines ansonsten gut funktionierenden Systems handelte.

4. In bezug auf die Behauptung, daß die Sendung beim EPA verloren gegangen sein könnte, weist die Kammer darauf hin, daß, wenn ein Brief mit einem beigefügten Scheck nicht rechtzeitig eingegangen ist, der Absender das Risiko trägt, sofern keine weiteren Beweismittel oder

eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, daß der Brief oder Scheck im EPA verlorengegangen ist. Als Beweis reicht es nicht aus, daß in einem anderen Falle tatsächlich der Fehler beim EPA lag. Es müssen die Tatsachen und Beweismittel im jeden konkreten Falle vorgebracht werden, (siehe auch J 10/91 vom 11. Dezember 1992, im ABl. EPA nicht veröffentlicht).

5. Die von der Beschwerdeführerin erwähnte Eingangsbestätigung des EPA vom 15. Juli spricht an sich gegen die Behauptung, daß sie die betroffene Begründung umfaßte. Es ist - mangels von der Beschwerdeführerin vorgetragener Fakten - auszuschliessen, daß, wenn ein Schriftstück bezüglich der vorliegenden Anmeldung an diesem Tag der Eingangsstelle übergeben wurde, es sowohl dem zuständigen Beamten des EPA als auch dem Kanzleigehörigen entgehen konnte, daß die Nummer dieser Anmeldung in der Bestätigung fehlte.

Zu der Eingangsbestätigung des EPA vom 18. Juli 1992 ist zu sagen, daß keine Anhaltspunkte dafür vorliegen oder von der Beschwerdeführerin vorgetragen wurden, daß es hierbei um eine Briefkastensendung ging.

6. Aus dem Vortrag der Vertreterin und ihrer Sekretärin ist zu entnehmen, daß das Fristenüberwachungssystem darin besteht, daß die Termine in den Kalender der Vertreterin handschriftlich eingetragen und dann wieder gestrichen werden, wenn das betreffende Dokument fertiggestellt und in einen Umschlag gesteckt ist. Der Umschlag wird dann am selben Tag persönlich zum Nachtbriefkasten gebracht oder der Eingangsstelle des EPA ausgehändigt.

- 6.1 Die beiden eidesstattlichen Erklärungen sind nicht ausreichend für den Beweis irgendwelcher Tatsachen, da in ihnen keine für die Beurteilung relevanten Tatsachen

enthalten sind. Der einzige Hinweis, der von Interesse zu sein scheint, ist die Bemerkung der Sekretärin, daß, obwohl die Amtspost vom 15. Juli 1992 ordnungsgemäß mit einer Eingangsbescheinigung versehen sei, sie nicht rechtzeitig beim EPA eingegangen sei.

6.2 Was die im Kalender der Vertreterin eingetragene Frist betrifft, hat die Vertreterin vorgetragen, daß, wenn das Ende einer Frist auf einen Feiertag falle, der vorhergehende Werktag als Fristende berechnet werde. In diesem Fall fiel aber das Fristende - ohne Berücksichtigung der Regel 78(3) EPÜ - auf den 13. Juli 1992, einen Montag. Deswegen gibt es keine zufriedenstellende Erklärung, warum der 15. Juli als Fristende eingetragen wurde.

7. Obwohl die Aussage, dieses System werde seit fünf Jahren fehlerfrei praktiziert, an sich nicht zu bezweifeln ist, ist die Kammer der Auffassung das es den rechtlichen Erfordernisse des Artikels 122 (1) EPÜ nicht entspricht. Ein Fristenüberwachungssystem, das keine Überprüfungs- oder Sicherheitsmaßnahmen enthält, daß die Eintragungen auf entsprechenden Handlungen beruhen, d. h. in diesem Falle um die rechtzeitige Versendung der Beschwerdebegründung sicherzustellen, entspricht dem Erfordernis "der Beachtung aller gebotenen Sorgfalt" nicht (vgl. T 324/90, ABl. EPA 1993, 33, Nr. 7).

Im vorliegenden Fall fehlt es offensichtlich an solchen Überprüfungs- oder Sicherheitsmaßnahmen. Es ist auffallend, daß obwohl die Bestätigung für die betroffene Sendung bereits am 28. Juli 1992 an die Kanzlei zurückgelangte, der Wiedereinsetzungsantrag erst am 12. Oktober 1992 eingereicht wurde. Dieses Ergebnis widerlegt die Aussage, daß die Bestätigungen bei Rückerhalt regelmäßig überprüft werden.

Die Kammer sieht weiter einen Mangel darin, daß keine Kontrolle während des unmittelbar folgenden Zeitraums - sofern der Briefkasten benutzt wurde - ausgeübt wurde, um festzustellen, warum die Eingangsbestätigung nicht zurückgekommen, bzw. welches Datum als Eingangsdatum beim EPA bestätigt war. Die Passivität bis zum Empfang der Mitteilung vom EPA vom 7. August 1992 macht es unmöglich, jetzt nachzuweisen, daß es sich um ein einmaliges Versehen handelte. Die Behauptung, daß es keine Kontrolle bedarf, weil während fünf Jahren kein Fehler passiert sei, ist kein ausreichender Grund. Im Gegenteil kann bei einer solchen Lage die Kontrolle entscheidend werden.

Auch der Umstand mit der Berechnung des Fristenendes (Nr. 6.2) erweckt Zweifel an der Zuverlässigkeit des Überwachungssystems.

8. In der Entscheidung T 869/90 (Nr. 2) wurde ausdrücklich erklärt, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit **nicht** angewendet werde. Weiter betrifft die Überlegung dieser Entscheidung nur den Fall, daß - unter Berücksichtigung der sogenannten 'Zehn-Tage-Frist in Regel 78 (3) EPÜ - das Fristende falsch **berechnet** wird, was hier aber nicht der Fall ist. Im übrigen ermöglicht diese Entscheidung eine positive Beurteilung nur dann, wenn das Überwachungssystem im großen und ganzen als den Erfordernissen der gebotenen Sorgfalt entsprechend angesehen werden kann, was für diesen Fall auch nicht zutrifft.
9. Somit ist festzustellen, daß das Erfordernis des Artikel 122 (1) EPÜ, die Beachtung aller gebotenen Sorgfalt nachzuweisen, nicht erfüllt ist. Da dem Antrag auf Wiedereinsetzung nicht stattgegeben werden kann, ist die Beschwerde unzulässig.

**Entscheidungsformel**

**Aus diesen Gründen wird entschieden:**

1. Der Antrag auf Wiedereinsetzung wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerde wird als unzulässig verworfen.

Der Geschäftsstellenbeamte:

Der Vorsitzende:

P. Martorana

P. Lançon

