



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 198/04

(Aktenzeichen)

Verkündet am
27. März 2006

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 303 43 784

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 27. März 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Am 30. Oktober 2003 für zahlreiche Waren der Klassen 3, 5 und 10 unter der Nummer 303 43 784 in das Markenregister eingetragen und am 5. Dezember 2003 veröffentlicht worden ist **ZOFRA-cell**.

Am 4. März 2004 gingen per Telefax beim Deutschen Patent- und Markenamt die Seiten 2 und 3 des amtlichen Vordrucks „Widerspruch gegen die Eintragung einer Marke...“ ein, in denen die Inhaberin der angegriffenen Marke, die Inhaberin der Widerspruchsmarke wie auch ihre Vertreter genannt sind; Seite 1 des amtlichen Formulars mit den vorgesehenen Angaben zur angegriffenen Marke wie zur Widerspruchsmarke sowie die als „beigefügt“ benannte Einzugsermächtigung fehlten. Das vollständige Original des amtlichen Vordrucks zum Widerspruch mit den Angaben zur angegriffenen Marke 303 43 784 und der Widerspruchsmarke 1 163 365 **ZOFRA** ging per Post am 8. März 2004 beim Patentamt ein, die Einzugsermächtigung für die Widerspruchsgebühr per Telefax am 15. März 2004 nach einem Hinweis des Patentamts auf ihr Fehlen.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat diesen Widerspruch durch Beschluss vom 25. Juni 2004 als unzulässig verworfen, weil er nicht innerhalb der am 5. März 2004 endenden Drei-Monats-Frist (vgl. § 42 Abs. 1 MarkenG) erhoben worden sei. Mit den innerhalb der Frist vorgelegten Unterlagen hätten weder angegriffene Marke noch Widerspruchsmarke festgestellt werden können.

Die Widersprechende hat unter Bezug auf „Widerspruch aus der Marke DD 646 443 ZOFTRAN“, „Inhaber: A... Ltd.“ und den „Bescheid des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. Juni 2004“ sowie Aktenzeichen des Patentamts und die angegriffene Marke Beschwerde eingelegt.

Sie hält die Beschwerde für zulässig, da im Hinblick auf die weiteren Angaben in der Beschwerde bezüglich der Angaben zur Widerspruchsmarke ein offensichtliches Schreibversehen vorliege. Weiter meint sie, dass der Widerspruch zulässig sei, weil ausweislich ihres Sendebereichs vier Seiten (drei Seiten des amtlichen Widerspruchsformulars und Einzugsermächtigung) gesendet worden seien; das Fax-Gerät des Patentamts müsse defekt gewesen sein. Zudem hätten mit den am 15. März 2004 eingereichten Unterlagen alle erforderlichen Angaben vorgelegen.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. Juni 2004 aufzuheben und die Löschung der Marke 303 43 784 anzuordnen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält mit näheren Ausführungen den Beschluss der Markenstelle für zutreffend.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig; zwar hat die Widersprechende in der Beschwerdeschrift nicht das maßgebliche Widerspruchszeichen genannt; mit den weiteren Angaben ist indessen erkennbar, welche Entscheidung in welchem Umfang angefochten wird; eine die „Marke DD 646 443 ZOFTRAN“ betreffende Entscheidung des Patentamts lag nicht vor, so dass diese Angabe der Registernummer als Schreibversehen erkennbar war. Die Beschwerde ist jedoch in der Sache nicht begründet. Der Widerspruch aus der Marke 1 163 365 **ZOFTRAN** ist nicht innerhalb der Widerspruchsfrist erhoben worden. Das Patentamt hat den Widerspruch daher zu Recht als unzulässig verworfen.

Die Frist zur Erhebung des Widerspruchs beträgt drei Monate (vgl. § 42 Abs. 1 MarkenG); im Hinblick auf die am 5. Dezember erfolgte Veröffentlichung der angegriffenen Marke endete die Widerspruchsfrist am Freitag, den 5. März 2004 (vgl. §§ 187, § 188 Abs. 2 BGB).

Innerhalb dieser Frist ist ein Widerspruch aus der Marke 1 163 365 **ZOFTRAN** gegen die Marke 303 43 784 **ZOFRA-cell** nicht beim Patentamt eingegangen. Das Patentamt hat zwar von den Vertretern der Widersprechenden die Seiten 2 und 3 des amtlichen Formulars zum Widerspruch per Telefax empfangen; daraus sind jedoch weder Angaben zum angegriffenen Zeichen noch zur Widerspruchsmarke zu entnehmen; hinsichtlich der Identität von angegriffener Marke und Widerspruchsmarke handelt es sich indessen um notwendige Angaben zum Widerspruch (vgl. § 65 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG i. V. m. § 27 Abs. 1 MarkenVO a. F., entsprechen § 30 Abs. 1 MarkenVO n. F.). Außerdem ist innerhalb der Frist keine

Einzugsermächtigung eingegangen oder anderweitig die Widerspruchsgebühr bezahlt.

Dass der Sendebericht der Vertreter der Widersprechenden vier Seiten als gesendet angibt, genügt nicht als Beweis für den Eingang der fehlenden Seiten. Der „OK-Vermerk“ im Sendeprotokoll gibt nur Auskunft darüber, dass etwas gesendet wurde, nicht aber über den Inhalt des Gesendeten (vgl. BAG, Urteil vom 14. August 2002 - 5 AZR 169/01, BB 2002, 2560); zum Beispiel könnten die Vorlagen versehentlich falsch herum in das Faxgerät eingelegt worden sein, so dass die leeren Rückseiten eingelegt und abgesendet werden; jedenfalls lässt dieser Vermerk als solcher von vornherein nicht den Schluss zu, dass es sich bei den als gesendet vermerkten Seiten um Seite 1 des amtlichen Vordrucks und die Einzugsermächtigung für die Widerspruchsgebühr handelte. Vor allem aber ist ein Protokoll über eine Absendung kein Nachweis über den Zugang beim Empfänger, für den die Widersprechende beweispflichtig ist; Tatsachen dafür, dass bei dem von ihren Vertretern verwendeten Telefaxgerät ein „OK-Vermerk“ ausschließlich dann ausgedruckt wird, wenn die Übertragung ordnungsgemäß erfolgt ist, hat die Widersprechende nicht vorgetragen; sie behauptet vielmehr nur, das Telefax sei dem Patentamt vollständig zugegangen, weil der ausgedruckte Sendebericht einen „OK-Vermerk“ für vier Seiten enthalte. Das Empfangsgerät des Patentamts hat demgegenüber jedenfalls nur den Empfang von zwei Seiten registriert.

Zwar weist die Widersprechende zutreffend darauf hin, dass derjenige, der auf einen Telefax-Anschluss hinweist, sicherstellen muss, dass sein Gerät einsatzbereit ist (vgl. BGH CR 1992, 87f.). Anhaltspunkte dafür, dass das Empfangsgerät beim Patentamt nicht einsatzbereit war, sind jedoch nicht vorhanden, wie der Empfang von zwei Seiten zeigt; nach einer Auskunft des Patentamts hat es am 4. März 2004 keine Störungen im Faxbetrieb gegeben. Soweit die Widersprechende Fehler im Empfangsgerät mit dem Hinweis darauf behauptet, dass bezüglich eines kurz zuvor am 4. März 2004 abgesendeten weiteren Widerspruchs aus der Marke DD 646 443 **ZOF** **FRAN** das Empfangsgerät des Patentamts als Datum

den 14. März ausgedruckt habe, ist dieser Ausdruck kein Indiz für einen Fehler des Empfangsgeräts am 4. März 2004, sondern ein Hinweis darauf, dass dieses Schreiben entweder erst am 14. März 2004 empfangen oder aus dem Speicher an diesem Tag ausgedruckt wurde.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bietet der Streitfall keinen Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

gez.

Unterschriften