



# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 2/12

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 305 73 753.8**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 19. Februar 2014 durch die Vorsitzende Richterin Klante, die Richterin Dorn sowie die Richterin kraft Auftrags Kriener

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

**Gründe:**

**I.**

Das Wortzeichen 305 73 753.8

**Grüne Vitalität**

ist am 8. Dezember 2005 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für verschiedene Waren der Klassen 5, 29 und 30 angemeldet worden. Zum Verfahrensstand ist im Register des DPMA seit dem 19. Juni 2006 vermerkt, dass die Anmeldung als zurückgenommen gilt.

Per Fax vom 27. Juni 2011, gerichtet an das DPMA, hat sich die Anmelderin nach dem Sachstand ihrer Markenmeldung erkundigt. Mit ihrer Sachstandsanfrage hat sie neben der Ablichtung der Markenmeldung, einer Empfangsbescheinigung des DPMA vom 2. Januar 2006 und einer Einzugsermächtigung vom 23. Februar 2006 den Ausdruck eines Telefax-Sendeberichts vom 23. Februar 2006 (Speichersendeliste) übersandt, aus dem sich die erfolgreiche Übersendung einer Einzugsermächtigung an das DPMA (Faxnummer 00 3641 405690 - der Dienststelle des DPMA in Jena) für die verfahrensgegenständliche Anmeldung ergebe.

Das DPMA, Markenstelle für Klasse 29, hat der Anmelderin unter dem 7. Juli 2011 mitgeteilt, dass die Akte zu der Markenmeldung bereits im Jahr 2009 vernichtet worden sei, es könne daher nicht mehr überprüft werden, ob die per Fax übermittelte Einzugsermächtigung zur Akte gelangt sei. Die Anmeldung sei wegen Nichtzahlung der Gebühren geschlossen worden, die Anmelderin habe sich zeitnah nach dem Sachstand der Anmeldung erkundigen müssen. Die Anmelderin wiederholte daraufhin ihre gegenteilige Rechtsauffassung, beantragte das

Prüfungsverfahren zu beginnen, andernfalls die Erteilung eines beschwerdefähigen Beschlusses.

Mit Beschluss vom 30. September 2011 hat das DPMA, Markenstelle für Klasse 29, festgestellt, dass die Markenmeldung als zurückgenommen gilt. Zur Begründung ist ausgeführt, die Anmeldegebühr sei nicht innerhalb der Fälligkeitsfrist gezahlt worden, der fristgerechte Eingang einer Lastschriftinzugsermächtigung könne nicht festgestellt werden. Die Eingangsprotokolle der Faxserver des DPMA seien nicht mehr vorhanden; es könne weder der Eingang des Faxes noch ein Gebühreneingang festgestellt werden. Die von der Anmelderin vorgelegte Faxsendebestätigung für die Übermittlung der Einzugsermächtigung sei nicht als Nachweis der Gebührenzahlung geeignet. Der Beweis des rechtzeitigen Eingangs der Einzugsermächtigung per Telefax könne nicht mit der Vorlage einer Sendebestätigung geführt werden. Die Sendebestätigung habe aufgrund der zahlreichen technischen Fehler- und Manipulationsmöglichkeiten keine hinreichend zuverlässige Aussagekraft. Auch sei eine Wiedereinsetzung in die Zahlungsfrist ausgeschlossen, da der Wiedereinsetzungsantrag innerhalb eines Jahres nach Ablauf der versäumten Handlung gestellt werden müsse.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie ausführt, die Rechtsauffassung des DPMA sei überholt. Der vorgelegte Faxsendebericht (Speichersendeliste) vom 23. Februar 2006 habe nicht nur die Dauer der Verbindung, sondern auch deren Inhalt ordnungsgemäß wiedergegeben. Diesem Statusbericht des Empfangsgeräts sei eine „erfolgreiche Sendung“ zu entnehmen. Auch aus dem Einzelverbindungsbericht (Sendejournal) vom 24. Februar 2006 ergebe sich die Sendung der Datei-Nr. 125 am 23. Februar 2006 mit einer Dauer von 25 Sekunden für die Übermittlung einer einzelnen Seite an das DPMA, Dienststelle Jena. Die Dauer von 25 Sekunden sei für die Übermittlung einer einzelnen Seite üblich. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 2006, 2263 - fristwahrende Schriftsatzübermittlung durch Telefax) müsse sich der Bürger aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und des Vertrauensschutzes auf eine ordnungsgemäße Weiterbehandlung der übermittelten Dokumente durch

die Behörde verlassen können. Was vom Empfangsgerät eines Amtes aufgenommen und in Folge eines Fehlers im Gerät oder bei dessen Bedienung nicht oder nicht sofort (vollständig) ausgedruckt worden sei, müsse so behandelt werden, als habe das Gerät es ordnungsgemäß ausgedruckt und als sei es auf diese Weise in die Verfügungsgewalt des Amtes gelangt.

Die Anmelderin und Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts,  
Markenstelle für Klasse 29, vom 30. September 2011 aufzuheben,

hilfsweise einen Termin zur mündlichen Verhandlung zu  
bestimmen.

Mit Terminsverfügung des Senats vom 19. Dezember 2013 wurde die Anmelderin und Beschwerdeführerin zur mündlichen Verhandlung am 19. Februar 2014 geladen und ihr gleichzeitig aufgegeben, das Original des bislang nur in Kopie vorgelegten Faxsendeberichts vom 23. Februar 2006 vorzulegen. Die Anmelderin hat den Antrag auf mündliche Verhandlung mit Schreiben vom 31. Dezember 2013 zurückgenommen und das Original der Einzugsermächtigung vom 23. Februar 2006 und des Sendejournals vom 24. Februar 2006 eingereicht, nicht aber – wie aufgegeben – das Original des Faxsendeberichts vom 23. Februar 2006.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

## II.

Die gegen die abschließende Feststellung, dass die Markenmeldung als zurückgenommen gilt, statthafte (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Auflage, § 66

Rdnr. 7 m. w. N.) und zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Von einer rechtzeitigen Zahlung der Anmeldegebühr kann nach der Überzeugung des Senats nicht ausgegangen werden, weil nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann, dass die Einzugsermächtigung beim DPMA eingegangen ist. Nach den allgemeinen Regeln der Darlegungs- und Beweislast ist die Anmelderin, die sich nach mehr als fünf Jahren und damit nach der Vernichtung der Akten beim DPMA auf die für sie günstige Rechtsfolge beruft, darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Voraussetzungen für das Eintreten der Rücknahmefiktion nicht vorgelegen haben.

1. Nach §§ 6 Abs. 1 S. 2, 3 Abs. 1 PatkostG sind die Anmeldegebühren innerhalb von 3 Monaten nach Einreichung der Anmeldung zu bezahlen. § 1 Abs. 1 Nr. 4 PatKostZV nannte bis zum 31. Oktober 2013 als eine der Möglichkeiten, wie die Gebühr bezahlt werden kann, die Erteilung einer Einzugsermächtigung. Als Zahlungstag, also der Tag, an dem die Zahlung tatsächlich bewirkt ist, gilt nach § 2 Nr. 4 PatKostZV in der vorgenannten Fassung bei Erteilung der Einzugsermächtigung der Tag des Eingangs beim DPMA, sofern auch die Einziehung erfolgt. Ob eine Einzugsermächtigung beim DPMA eingegangen ist, lässt sich vorliegend aber nicht mehr zweifelsfrei feststellen. Die Anmelderin legt als Nachweis dafür, dass dem DPMA die Einzugsermächtigung fristgerecht vorlag, eine „Speichersendeliste“ vom 23. Februar 2006 in Kopie vor, die neben der Information zur tatsächlichen Übertragung des Faxes („erfolgreiche Sendung“) den Inhalt des gesendeten Dokumentes in verkleinerter Form enthält. Der Aufforderung zur Vorlage des Originals des Faxsendeberichts, wie es der Anmelderin und Beschwerdeführerin mit dem Zusatz zu der Ladung am 19. Dezember 2013 aufgegeben wurde, ist sie nicht nachgekommen. Sie hat das Original der Einzugsermächtigung vom 23. Februar 2006 und lediglich das Original des Sendejournals vom 24. Februar 2006 eingereicht.

Aus Sicht des Senats ist damit nicht zweifelsfrei erwiesen, dass die Einzugsermächtigung beim DPMA tatsächlich eingegangen war. Die lediglich per Fax eingereichte „Speichersendeliste“ vom 23. Februar 2006 genügt aus Sicht des Senats nicht als Nachweis des tatsächlichen Zugangs. Da die Anmeldeakten aus dem Jahr 2005 im Jahr 2009 vernichtet wurden, lässt sich deren Inhalt nicht mehr nachvollziehen; auch die Eingangsdaten des Faxservers des DPMA sind, nachdem zwischen der Anmeldung des Zeichens und der Sachstandsanfrage der Anmelderin beim DPMA mehr als fünf Jahre verstrichen sind, nicht mehr vorhanden. Der per Fax eingereichte Sendebericht mag zwar ein Indiz für den Eingang der Einzugsermächtigung sein, aus Gründen der Rechtsicherheit ist er aber als Nachweis des tatsächlichen Eingangs nicht geeignet. Der Senat kann sich deshalb nicht von der Echtheit des Dokuments und seinem Beweiswert überzeugen.

Der Hinweis der Anmelderin, wonach eine „erfolgreiche Sendung“ eines Faxes nur bestätigt werde, wenn das Empfangsgerät ein „OK“ sende, greift nicht durch. Denn auch daraus ergibt sich nach der Ansicht des Senats allein, dass ein Sendevorgang stattgefunden hat, nicht aber der Inhalt des Gesendeten (vgl. BGH Urteil vom 19. Februar 2014, IV ZR 163/13, juris Rn. 27; BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2013, VIII ZB 13/13, juris Rn. 12; Beschluss vom 14. Mai 2013, III ZR 289/12, NJW 2013, 254 Rn. 11; Beschluss vom 21. Juli 2011, IX ZR 148/10, juris Rn. 3; siehe auch Gregor, Der OK-Vermerk des Telefaxsendeprotokolls als Zugangsnachweis, NJW 2005, 2885, 2886; aber a. A: OLG Frankfurt, Urteil vom 5. März 2010, 19 U 213/09, juris Rn. 17; OLG Karlsruhe VersR 2009, 245; OLG München MDR 1999, 286 Rn. 12; SG Berlin, S 204 AS 22071/11, Urteil vom 28. November 2012 unter Berufung auf OLG Celle vom 19. Juni 2008, 8 U 30/07, VersR 2008, 1477 und OLG Karlsruhe vom 30. September 2008, 12 U 65/08, VersR 2009, 245).

Ebenso wenig vermag der Hinweis der Anmelderin auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu per Telefax übersandten Schriftsätzen zu überzeugen.

Denn die zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH IV ZB 20/05, Beschluss vom 25. April 2006, NJW 2006, 2263-2266) betrifft den Nachweis der Rechtzeitigkeit des Eingangs eines per Telefax übersandten Schriftstücks, nicht aber die hier zu entscheidende Frage, ob überhaupt ein Schriftstück eingegangen ist. In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall war der Empfangsstelle nachweislich „etwas“ zugegangen.

2. Eine Wiedereinsetzung, die im Übrigen gemäß § 91 Abs. 5 MarkenG auch verfristet wäre, hat die Anmelderin nicht geltend gemacht. Die Anmelderin trägt zudem nicht das Versäumen einer gesetzlichen Frist vor, vielmehr haben aus ihrer Sicht die Voraussetzungen für die Feststellung nach § 6 Abs. 2 PatKostG nicht vorgelegen, weil dem Amt die Einzugsermächtigung zugegangen sei.

### III.

#### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss können die am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,

5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Klante

Dorn

Kriener

Me