

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

S u n s w e e t

- - - - -

WZG §§ 5, 13 Abs. 3, 31; PatG § 41 n

- a) Im Widerspruchsverfahren gehört zur Prüfung der Zeichen-  
übereinstimmung (§ 5 WZG) auch die Frage, ob Verwechs-  
lungsgefahr im weiteren Sinne besteht.
- b) Nimmt das Patentgericht im Beschwerdeverfahren auch eine  
Würdigung der sog. Benutzungslage vor, so ist sie in  
vollem Umfange, also auf entsprechendes substantiiertes  
Vorbringen des Anmelders auch daraufhin zu prüfen, ob etwa  
die Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens durch  
Benutzung ähnlicher Zeichen Dritter für gleiche oder verwandte  
Waren geschwächt ist.
- c) Diese Prüfung ist, soweit eine Schwächung der Kennzeich-  
nungskraft des Widerspruchszeichens geltend gemacht wird,  
auf den Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen. Eine le-  
diglich wahrscheinlich gemachte künftige Entwicklung,  
insbesondere eine Aussicht auf Beseitigung störender  
Zeichen Dritter, kann hierbei nicht berücksichtigt wer-  
den.

BGH, Beschl. v. 3. Mai 1963 - Ib ZB 30/62

Bundespatentgericht

Verkündet

am 3. Mai 1963

Zug, Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

**B e s c h l u ß**  
=====

In der Warenzeichensache

der Firma Su[REDACTED] G[REDACTED] Inc., S[REDACTED] J[REDACTED], C[REDACTED] (USA),  
Anmelderin und Rechtsbeschwerde-  
führerin,

- vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma So[REDACTED] Si[REDACTED] & P[REDACTED], Kommanditgesell-  
schaft, Se[REDACTED]/H[REDACTED], gesetzlich vertreten durch die persön-  
lich haftenden Gesellschafter Heinz und Kurt P[REDACTED] in  
Se[REDACTED],

Widersprechende und Rechtsbeschwerde-  
gegnerin,

- vertreten durch Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 3. Mai 1963 unter Mitwirkung des  
Senatspräsidenten Prof. Dr. h. c. Wilde und der Bundesrichter  
Dr. Krüger-Nicland, Jungbluth, Pehle und Dr. Sprenkmann

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde wird der Beschluß  
des 25. Senats (Warenzeichen-Beschwerdesenat II)  
des Bundespatentgerichts vom 17. Mai 1962 aufge-  
hoben. Die Sache wird zur anderweiten Entschei-  
dung, auch über die Kosten des Rechtsbeschwerde-  
verfahrens, an das Beschwerdegericht zurückver-  
wiesen.

-2-

G r ü n d e :

Die Rechtsbeschwerdeführerin, eine Gesellschaft mit Sitz in K■■■■■■■■■■, hat am 21. November 1951 beim Deutschen Patentamt das Wortzeichen SUNSWEET für "frische Zitrusfrüchte, frisches Fallobst, eingemachte Früchte, getrocknete Früchte, Marmeladen" angemeldet. Die Rechtsbeschwerdegegnerin hat der Anmeldung auf Grund der für gleiche Waren eingetragenen Warenzeichen 444 231 ("Sonnen"-Conserven) und 444 996 (Bild einer Sonne mit der Inschrift "Marke Sonne") widersprochen.

Die Prüfungsstelle hat die Übereinstimmung der Zeichen verneint, der 2a-Beschwerdesenat des Deutschen Patentamts hat sie bejaht, das Bayerische Verwaltungsgericht in München hat sie auf die von der Anmelderin erhobene Anfechtungsklage hin verneint und das Bundespatentgericht, auf das die Sache nach dem 6. Überleitungsgesetz übergegangen ist, hat sie schließlich wieder bejaht und das entgegenstehende Urteil des Verwaltungsgerichts aufgehoben; da das Bundespatentgericht in der Begründung seiner Entscheidung von der Beurteilung abgewichen ist, die der Bundesgerichtshof seinem Urteil in dem ähnlich liegenden Rechtsstreit der Widersprechenden gegen die Inhaberin des Zeichens SUNPEARL zugrunde gelegt hat (GRUR 1960, 130 ff), hat es die Rechtsbeschwerde zugelassen, um eine einheitliche Rechtsprechung zu sichern.

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Bundespatentgericht ausgeführt, es erscheine ihm nicht im mindesten zweifelhaft, daß beachtliche Teile derjenigen deutschen Verkehrskreise, die als Abnehmer der Waren der Anmeldung in Betracht kommen, das angemeldete Zeichen in der Bedeutung "sonnensüß" ohne weitere Überlegung zu erfassen imstande seien. Da die Verwendung fremdsprachiger Bezeich-



nungen durch deutsche Unternehmen auch im Inlande nichts Ungewöhnliches mehr sei, müsse unbedenklich angenommen werden, daß das angemeldete Zeichen an sich geeignet sei, im Verkehr die irrige Vorstellung hervorzurufen, es handle sich bei den Waren der Anmeldung um Erzeugnisse desselben Geschäftsbetriebes, der sich der "Sonnen"-Zeichen bediene; mindestens sei es möglich, daß aus dem Nebeneinanderbestehen der Zeichen auf geschäftliche Beziehungen zwischen beiden Firmen geschlossen werde. Ob Rückschlüsse dieser Art in einem zeichenrechtlich erheblichen Umfange zu befürchten seien, hänge wesentlich von dem "Rang" ab, der dem Gegenzeichen zukomme.

Bei Prüfung dieser Frage stellt sich die angefochtene Entscheidung auf den Standpunkt, die Gegenzeichen seien nicht von Haus aus schwache Zeichen. Zwar könne, so führt sie aus, das Wort "Sonne" auch als Hinweis auf die Einwirkung der Sonne beim Reifevorgang von Obst gedeutet werden; gleichwohl liege darin doch ein durchaus phantasiervoller Hinweis, der eine gewisse Überlegung erfordere, um überhaupt erkannt zu werden. Zeichen aber, die erst mittels einer Gedankenkette eine Beziehung zur Ware erkennen ließen, könnten nicht als von Haus aus schwach angesehen werden.

Auch vom sog. Rollenstand her gesehen gelte dasselbe. Zwei für Obstkonserven eingetragene Warenzeichen (Nr. 623 926 und 627 158) seien hinsichtlich dieser Waren nach der hier streitigen Anmeldung gelöscht worden und deshalb nicht mehr zu berücksichtigen. Das Zeichen "Sunkist" (Nr. 389 211) sei nur für Zitrusfrüchte geschützt; daher bleibe als für einschlägige Waren eingetragenes Drittzeichen nur die IR-Marke 109 345 SUNPEARL.

Die "Benutzungslage" zeige ebenfalls ein sehr günstiges Bild; für gleiche Waren werde kein Sonnen- oder

Sun-Zeichen benutzt. Unter dem Zeichen SUNPEARL würden nur Spargelkonserven vertrieben. Das nur für Zitrus-Früchte eingetragene Zeichen "Sunkist" könne ebenfalls nicht entgegengehalten werden. Soweit dieses für Konserven verwendet werde, bemühe die Widersprechende sich noch um Abwehr; es gehe grundsätzlich nicht an, "willkürlich benutzte Zeichen, die sich der Prüfung im Anmelde- und Widerspruchsverfahren nicht oder nicht abschließend unterzogen" hätten, gegenüber einem alten und langjährig benutzten Zeichen als schwächende Zeichen zu berücksichtigen. Solange die Widersprechende in diesem Abwehrstreit nicht endgültig unterlegen sei, müsse deshalb das Zeichen "Sunkist" als nicht vorhanden angesehen werden. Dasselbe gelte bezüglich anderer Sonnen- oder Sun-Zeichen; es genüge die Möglichkeit, daß der Widersprechenden die Abwehr dieser Zeichen in absehbarer Zeit gelinge, so z. B. durch Verdrängung vom Markt; das sei nicht ausgeschlossen. Dann aber müsse sich, wenn bei gleichen Waren ein neues Sonnen-Zeichen auftrete, den Abnehmern die Vermutung geradezu aufdrängen, es handle sich um ein weiteres Zeichen der Widersprechenden oder um ein Zeichen einer mit ihr geschäftlich verbundenen Firma. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs sei zur Bejahung der Verwechslungsgefahr keine nach Umfang und Intensität besonders ausgeprägte Verkehrsgeltung der Widerspruchszeichen notwendig. Es genüge, daß diese dem Publikum bekannt seien; dies sei besonders für Norddeutschland festgestellt worden. Die dem Sunpearl-Urteil zugrunde liegende Feststellung, nur ein geringer Teil der Verbraucherinnen neige dazu, aus einem Sun-Zeichen eine gedankliche Brücke zu den Gegenzeichen zu schlagen, könne für den vorliegenden Fall nicht übernommen werden, weil diese Feststellung auf Erhebungen beruhe, die schon mehrere Jahre zurücklägen; auch hätten seither weitere Bevölkerungskreise englische Sprachkenntnisse er-

worben und es würden englische Warenbezeichnungen in steigendem Maße verwendet; infolgedessen würden solche Kennzeichnungen jetzt besser verstanden und kritischer gewürdigt. Außerdem sei nicht nur auf Hausfrauen, sondern auch auf alleinstehende Personen und Angestellte von Großverbrauchern abzustellen. Schließlich sei in der Sunpearl-Entscheidung nicht der nach Rollenstand und Benutzungslage ungeschmälerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchszeichen Rechnung getragen worden.

Diese Begründung vermag den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht standzuhalten.

I. Die Rechtsbeschwerde legt die angefochtene Entscheidung dahin aus, sie bejahe die Zeichenübereinstimmung nur in Gestalt der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne. Es ist richtig, daß die Entscheidung an mehreren Stellen der Begründung ausführt, es sei eine Ähnlichkeit der Vergleichszeichen gegeben, die für einen nicht unerheblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise den Schluß nahelege, die mit ihnen bezeichneten Waren stammten zwar aus verschiedenen, aber durch wirtschaftliche oder sonstige Beziehungen miteinander verbundenen Unternehmen. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Bundespatentgericht diese Ausführungen nur als zusätzliche Begründung angesehen wissen wollte und in erster Linie schon das Vorliegen einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr bejaht hat. Denn auch insoweit könnte seine Entscheidung, wie noch auszuführen ist, nicht aufrechterhalten werden; da ferner die Sache im Falle der Aufhebung ohnehin an das Bundespatentgericht zurückzuweisen ist, erscheint es deshalb zweckmäßig, schon mit Rücksicht auf die von der Rechtsbeschwerde geäußerte Auffassung vorab klarzustellen, in welchem Rahmen das Beschwerdegericht im Widerspruchsverfahren überhaupt berufen ist, die Frage der Verwechslungsgefahr zu prüfen.

Die Rechtsbeschwerde greift insoweit den Standpunkt der angefochtenen Entscheidung nicht grundsätzlich an; sie hält das Bundespatentgericht im Widerspruchsverfahren offenbar für kompetent, auch die Frage der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne zu prüfen. Sie rügt aber, daß das Bundespatentgericht im gegebenen Falle bei der Prüfung der sogenannten "Benutzungslage", die für die Beurteilung der fraglichen Form der Verwechslungsgefahr von erheblicher Bedeutung ist, zu Lasten der Anmelderin auf halbem Wege stehengeblieben sei; es habe nämlich den Sachverhalt nicht nach der Richtung hin aufgeklärt, ob die im Rahmen der Abstandslehre dem Widerspruchszeichen entgegeng gehaltenen weiteren Sun-Zeichen tatsächlich benutzt werden; statt dessen habe es sich insoweit mit Äußerungen über die mutmaßliche Entwicklung begnügt. Außerdem habe es infolge Verletzung seiner Aufklärungspflicht auch den Vortrag, das Zeichen SUNPEARL werde für Spargelkonserven benutzt, dahin mißverstanden, es werde nur hierfür benutzt; tatsächlich würden aber unter diesem Zeichen große Mengen von Dosenfrüchten und getrockneten Früchten im Bundesgebiet vertrieben.

1. Der vom Bundespatentgericht in der angefochtenen Entscheidung hinsichtlich seiner Prüfungszuständigkeit eingenommene Standpunkt, wonach es auch eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne berücksichtigen kann, stellt nur eine Folgerung aus dem seit längerer Zeit im Eintragungsverfahren vor dem Deutschen Patentamt mehr und mehr zur Geltung gebrachten Grundsatz dar, daß bei Prüfung der Zeichenübereinstimmung auch der Wettbewerbstatbestand zu berücksichtigen sei, für dessen Beurteilung die tatsächliche Benutzung namentlich des Widerspruchszeichens von ausschlaggebender Bedeutung sein kann (s. schon Hagens, Warenzeichenrecht 1927 § 5 Anm. 3 Abs. 2; DPA PMZ 1953, 120 und 405). Dieser Grundsatz ist namentlich zum Schutze

besonders stark benutzter, im Verkehr bekannter Zeichen gegen die Neu anmeldung von Warenzeichen entwickelt worden, die nicht als solche mit dem Widerspruchszeichen verwechselbar sind, sondern vom Verkehr zwar als abweichende Zeichen erkannt, aber als Abwandlungen des bekannten Widerspruchszeichens durch dasselbe Unternehmen aufgefaßt werden können (vgl. z. B. DPA GRUR 1955, 154; 1954, 468; BPatGerE 1, 198, 199; 201, 203; 205, 208; Busse, Warenzeichengesetz, 3. Aufl. § 5 Anm. 7 B a Abs. 4 und § 31 Anm. 3 A II).

Soweit feststellbar, bezieht sich die Übung der Erteilungsbehörde, die Benutzungslage zu berücksichtigen, jedoch nur auf die Frage der Verwechslungsgefahr im engeren Sinne, insbesondere darauf, ob der Verkehr in dem angemeldeten Zeichen ein weiteres (Serien-)Zeichen, ein modernisiertes oder abgekürztes Zeichen desselben Unternehmens erblicken kann. Soweit in der angeführten Rechtsprechung hierfür der Ausdruck "mittelbare" Verwechslungsgefahr oder "mittelbare Verwechselbarkeit" (Busse aaO) benutzt wird, handelt es sich danach - im Sinne des Sprachgebrauchs des Bundesgerichtshofs - gleichwohl um Verwechslungsgefahr im engeren Sinne (BGH GRUR 1957, 281 - Karo-As). Für die Fälle der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne, in denen nur der Anschein erweckt wird, zwischen den Unternehmen der beiden Zeicheninhaber beständen besondere Beziehungen oder Zusammenhänge, ist die Kompetenz der im Eintragungsverfahren beteiligten Behörden bzw. Gerichte zur Berücksichtigung auch im Widerspruchsverfahren dagegen umstritten. Die eine Ansicht geht dahin, es handle sich in diesen Fällen nicht mehr um einen zeichenrechtlichen Tatbestand, der deshalb von dem Begriff der Zeichenübereinstimmung (§ 5 WZG) nicht mehr gedeckt werde; es bedürfe einer Berücksichtigung dieser Art der

Verwechslungsgefahr auch gar nicht, da dem unterlegenen Anmelder der Rechtsbehelf der Klage aus § 6 Abs. 2 WZG auf Bewilligung der Eintragung zur Verfügung stehe; schließlich sei auch auf die Eigenart des patentamtlichen Eintragungsverfahrens Rücksicht zu nehmen, das von der Prüfung solcher nicht einfach feststellbarer Tatbestände freigehalten werden müsse (Miosga, IIA 1956, 337, 343 ff; 392 ff; 852, 865; zust. Busse aaO). Demgegenüber weist Tetzner (Warenzeichenrecht § 5 Anm. 44) darauf hin, daß in der Rechtsprechung der Gerichte die Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne seit langem auch im Rahmen der rein zeichenrechtlichen Lösungsgründe berücksichtigt werde und ihre Nichtbeachtung im Widerspruchsverfahren nicht in der Linie der Rechtsprechung des Patentamts liege, den wettbewerblichen Tatbestand nach Möglichkeit zur Geltung zu bringen (ebenso Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl. Anm. 9 zu § 5 WZG).

Der Senat schließt sich der letzteren Ansicht an und billigt daher die Ausführungen der angefochtenen Entscheidung in diesem Punkte. Für diese Ansicht spricht, daß die Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne nach bisheriger Rechtsprechung auch zeichenrechtlich zum Begriff der Verwechslungsgefahr gehört, so daß bei Verwendung für gleichartige Waren auch der zeichenrechtliche Schutz in Betracht kommt. Auch kann nicht anerkannt werden, daß die Berücksichtigung dieser Form der Verwechslungsgefahr zu einer eingehenderen Befassung mit der Benutzungslage zwin-ge, als sie bei Berücksichtigung der unmittelbaren Verwechslungsgefahr, namentlich in Gestalt der Betriebsverwechslungsgefahr, auch im Eintragungsverfahren ohnehin bereits stattfindet. Für die Berücksichtigung jeder Art von Verwechslungsgefahr spricht schließlich auch, daß da-

mit die besondere Sachkunde einer zentralen Behörde und eines entsprechenden Gerichts auf dem Gebiete der Beurteilung solcher Fragen schon im Rahmen des Eintragungsverfahrens nutzbar gemacht wird.

2. Um das auf rasche Erledigung einer Vielzahl von Anmeldungen angelegte patentamtliche Eintragsverfahren nicht ungebührlich zu belasten, ist der Grundsatz der Berücksichtigung der Benutzungslage bisher nicht dahin verstanden worden, der wettbewerbliche Tatbestand müsse von der Eintragsbehörde nach jeder Richtung hin voll aufgeklärt werden; man befürchtete, die dazu vielfach erforderlichen Ermittlungen würden den Rahmen des Eintragsverfahrens einschließlich des Widerspruchsverfahrens sprengen; diese Verfahren seien zwar vom Grundsatz der Amtsermittlung beherrscht, sollten aber nach dem erkennbaren Willen und Zusammenhang des Gesetzes möglichst rasch und ohne umfangreiche Beweiserhebungen durchgeführt werden; andernfalls verfehlten sie ihren Zweck (DPA PMZ 1959, 119, 120 - Ingelheim; Miosga, MA 1956, 337, 340; 852, 866; Busse, MA 1955, 603, 611). Im wesentlichen bedeutete der bezeichnete Grundsatz daher bisher nur, das Patentamt könne nicht gehalten sein, vor einer ohne weiteres ersichtlichen, seiner besonders fachkundigen Beurteilung ohne weitere umständliche Ermittlungen zugänglichen wettbewerblichen Sachlage, namentlich vor einer ihm bekannten Verkehrsgeltung des Widerspruchszeichens, seine Augen zu verschließen.

Die angefochtene Entscheidung befaßt sich nicht mit der Frage, ob diese Amtsübung auch nach Inkrafttreten des 6. Überleitungsgesetzes vom 23. März 1961 (BGBl S. 274) aufrechterhalten werden kann. Nach § 13 Abs. 3 WZG in Verbindung mit §§ 41 b Abs. 1, 41 h PatG hat das Patentgericht im Beschwerdeverfahren den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen und nach seiner freien, aus dem

Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung zu entscheiden. Es kann dahingestellt bleiben, ob die sog. Benutzungslage zu den hiernach von Amts wegen in jedem Einzelfalle zu ermittelnden Entscheidungsvoraussetzungen gehört, oder ob es in Anbetracht der Absicht des Gesetzgebers, durch die im 6. Überleitungsgesetz enthaltene Regelung "möglichst keine Änderung der nach allgemeiner Auffassung bewährten bisherigen Verfahren" eintreten zu lassen (Begr. z. Reg. Entwurf, Bd. 1 der Materialien zum 6. ÜG, S. 8), vertretbar ist, die Benutzungslage nur dann zu berücksichtigen, wenn sie ohne eingehende Ermittlungen beurteilt werden kann, sonst aber im Eintragungsverfahren unberücksichtigt zu lassen. Wenn das Patentgericht die Benutzungslage heranzieht, muß es sie nämlich bei der jetzigen Gesetzeslage in vollem Umfange berücksichtigen und es darf sich bei Prüfung der Benutzungslage ferner nicht mit Vermutungen über die wahrscheinliche künftige Entwicklung begnügen. Die Notwendigkeit gleicher Berücksichtigung des beiderseitigen Vorbringens zur Benutzungslage folgt schon aus der Natur des Widerspruchsverfahrens, das einen privatrechtlichen Streit um die Berechtigung des Widerspruchs zum Gegenstand hat. In diesem Streit muß nach rechtsstaatlichen Grundsätzen das für eine einheitlich zu beurteilende Frage Vorgetragene für beide Parteien nach gleichen Verfahrensgrundsätzen behandelt werden. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der durch ungenügende Berücksichtigung ihres Vorbringens beschwerten Partei die Möglichkeit zu Gebote stünde, dieses Vorbringen in einem anschließenden Verfahren mit der Wirkung zur Geltung zu bringen, daß die ihr nachteilige Entscheidung über den Widerspruch beseitigt würde. In einem solchen Falle hat das Gesetz beispielsweise für das Eintragungsverfahren die Prüfung des Tatbestandes der Täuschung (§ 4 Abs. 2 Nr. 4 WZG) durch Beschränkung auf den Fall der "Ersichtlichkeit" freier gestaltet und zum Ausgleich dafür die

entsprechende Löschungsklage mit voller Nachprüfungsmöglichkeit vorgesehen (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 WZG). An einer solchen Möglichkeit fehlt es aber für den im Widerspruchsverfahren unterlegenen Anmelder, da das ordentliche Gericht im Streit über sein Eintragungsbewilligungsbegehren (§ 6 Abs. 2 WZG) grundsätzlich an die im Widerspruchsverfahren getroffene Feststellung der Zeichenübereinstimmung gebunden ist (BGHZ 37, 107 - Germataler Sprudel). Ob diese Klage etwa auch dann gegeben sein könnte, wenn die Frage der Benutzungslage im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren als nicht ohne weitere Ermittlungen klärbar ausdrücklich beiseite gelassen worden ist, bedarf keiner Erörterung, da der Streitfall hierzu keinen Anlaß bietet.

Die angefochtene Entscheidung wird diesen Grundsätzen nicht gerecht. Die Frage, welches Maß von Kennzeichnungskraft dem Widerspruchszeichen auf Grund seiner Benutzung im Verkehr zukommt, und die weitere Frage, ob diese Kennzeichnungskraft durch Benutzung ähnlicher Zeichen Dritter geschwächt ist, lassen sich zwar gedanklich trennen; sie gehören aber im Ergebnis zusammen, weil über die von ihnen abhängende Frage der Verwechslungsgefahr nur einheitlich entschieden werden kann. Der Tatrichter kann sich infolgedessen über die letztere Frage nur dann die in § 41 h PatG geforderte Überzeugung bilden, wenn er beide Vorfragen beantwortet, nicht dagegen, wenn er eine von ihnen offenläßt. Das beachtet die angefochtene Entscheidung nicht, indem sie dem Vorbringen der Anmelderin über die Benutzung ähnlicher Sun-Zeichen entgegenhält, es sei "nicht ausgeschlossen", daß es der Widersprechenden gelingen werde, diese Zeichen in absehbarer Zeit vom Markt zu beseitigen.

Hiervon abgesehen verstößt die Berücksichtigung des mutmaßlichen Ausgangs derartiger zeichenrechtlicher

Auseinandersetzungen des Widersprechenden mit Dritten gegen den Rechtsgrundsatz, daß - soweit eine Schwächung der Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens in Frage kommt - der Zeitpunkt der Entscheidung über den Widerspruch maßgebend ist.

Auch die Ansicht der angefochtenen Entscheidung, Drittzeichen seien als "willkürlich benutzt" solange nicht zu berücksichtigen, als sie sich einer Prüfung im Anmelde- und Widerspruchsverfahren nicht oder nicht abschließend unterzogen haben, kann nicht gebilligt werden. Der dafür angeführte Grund, dem Inhaber des Widerspruchszeichens müsse ein angemessener Zeitraum zugebilligt werden, um sich solcher schwächenden Zeichen zu erwehren, rechtfertigt es nicht, im Widerspruchsverfahren die Frage der Benutzungslage ohne Rücksicht auf eine tatsächlich gegebene, entscheidungserhebliche Benutzung dieser Zeichen zu beantworten. Wenn diese Frage geprüft wird, muß in sie also auch einbezogen werden, ob durch rechtmäßig benutzte Drittzeichen die Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens geschwächt ist.

II. Die Rechtsbeschwerdegegnerin meint, die angefochtene Entscheidung sei gleichwohl ohne Rücksicht auf die Frage der Verwechslungsgefahr im Ergebnis schon deshalb aufrechtzuerhalten, weil das angemeldete Zeichen eintra-  
gungsfähig<sup>un</sup> sei; der Beschwerdesenat sei verpflichtet gewesen, diese Frage zu prüfen; dazu verweist die Rechtsbeschwerdegegnerin auf den Umstand, daß die angefochtene Entscheidung das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München aufgehoben und damit die in der Entscheidung des 2a-Beschwerdesenats des Deutschen Patentamts vom 5. November 1954 enthaltene Entscheidung wiederhergestellt habe. Dieser frühere Beschwerdesenat sei nach der stün-

digen damaligen Amtsübung auch zur Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen nach § 4 WZG berechtigt und verpflichtet gewesen; nach den Überleitungsbestimmungen des 6. Überleitungsgesetzes müsse das Bundespatentgericht in einem solchen Falle alle in der mit der Beschwerde angefochtenen Entscheidung zu prüfenden Gesichtspunkte seinerseits nachprüfen. Dann aber ergebe sich, daß das angemeldete Zeichen "SUNSWEEET" als von den Verbrauchern mit "sonnensüß" übersetzte Beschaffenheitsangabe von der Eintragung ausgeschlossen sei.

Dieses Vorbringen scheitert jedoch schon daran, daß absolute Eintragungshindernisse nach § 4 WZG zwar auch nach Erhebung des Widerspruchs stets von Amts wegen zu berücksichtigen sind, selbst wenn sie sich erst später ergeben, daß diese Prüfung aber nicht im Widerspruchsverfahren stattfindet; Aufgabe des Widerspruchsverfahrens ist vielmehr lediglich die Erledigung des den Gegenstand dieses Verfahrens bildenden Widerspruchs; dementsprechend geht die Entscheidung nicht auf Eintragung oder Versagung der Eintragung, sondern auf Feststellung oder Verneinung der Übereinstimmung. Über etwa gegebene Eintragungshindernisse muß anschließend die Eintragungsbehörde weiterhin befinden (Baumbach/Hefermehl aaO § 5 Anm. 35, 38, 39; Tetzner aaO § 5 Anm. 20 und 45; Hagens, Warenzeichenrecht § 5 Anm. 10).

III. Auch in der Beurteilung der Verwechslungsgefahr kann der angefochtenen Entscheidung nicht beigetreten werden; sie verstößt gegen § 31 WZG.

1. Die angefochtene Entscheidung berücksichtigt nicht den vom Bundesgerichtshof in der zweiten Sunpearl-Entscheidung (GRUR 1960, 130, 133) aufgestellten Satz,

daß es zur Annahme einer Gefahr der Verwechslung, namentlich im Sinne eines Schlusses auf Beziehungen zwischen den beide Zeichen verwendenden Unternehmen, im Falle der Kollision eines Wortzeichens mit einem dasselbe Wort in einer fremden Sprache enthaltenden Warenzeichen einer gesteigerten Verkehrsgeltung des Widerspruchszeichens bedarf. Die Richtigkeit dieses Satzes ergibt sich einmal aus der Tatsache, daß der bei weitem überwiegende Teil der für die hier fraglichen Waren in Betracht kommenden Verkehrskreise nicht über englische Sprachkenntnisse verfügt und schon deshalb nicht zu einer vom Wortsinn ausgehenden gedanklichen Verbindung zum Widerspruchszeichen gelangt.

Weiter wirkt auch bei demjenigen Teil der angesprochenen Verkehrskreise, der den Sinngehalt des fremdsprachigen Bestandteils des angemeldeten Zeichens erfaßt, der Übersetzungsvorgang erfahrungsgemäß mindestens hermend auf die Gefahr unbewußter Verwechslung.

Schließlich kommt bei dem hier fraglichen "Sonnen"-Zeichen der Widersprechenden in Betracht, daß sie eine gerade für die fraglichen Waren sehr naheliegende Ideenverbindung ansprechen. In diesem Punkte ist die angefochtene Entscheidung allerdings ganz entgegengesetzter Ansicht; sie hält ein "Sonnen"-Zeichen bei Waren dieser Art für einen durchaus phantasievollen Hinweis, der eine gewisse Überlegung erfordere, um überhaupt erkannt zu werden. In dieser Erwägung vermag der Senat der angefochtenen Entscheidung jedoch nicht zu folgen. Gerade auch das gehäufte Auftreten englischsprachiger Sonnenzeichen ist ein weiteres Anzeichen dafür, wie naheliegend die Verwendung des Sonnen-Motivs für Obst und Gemüse ist.

Die angefochtene Entscheidung irrt insoweit auch in ihrer Annahme, die in den Rechtsstreitigkeiten über die Zeichen "SUNPEARL" und "SUNDKIST" von Gerichten getroffene Feststellung, nur ein geringer Teil der Verbraucher neige dazu, aus einem "Sun"-Zeichen eine gedankliche Brücke zu dem Widerspruchszeichen zu schlagen, beruhe auf den dort angestellten Erhebungen und könne deshalb wegen der seit diesen Beweiserhebungen verstrichenen Zeit (seit 1959) und der seither eingetretenen Entwicklung der Sprachkenntnisse sowie der Verbreitung ausländischer Warenkennzeichnungen im Inland nicht mehr zugrunde gelegt werden. Die genannte Feststellung beruht nämlich nicht auf dem Ergebnis der dort eingeholten demoskopischen Gutachten, sondern auf der allgemeinen Lebenserfahrung.

2. Die angefochtene Entscheidung beruht ferner insofern auf einem Rechtsfehler, als sie bei Prüfung und Würdigung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchszeichen eine seit der streitigen Anmeldung eingetretene Steigerung der Verkehrsbekanntheit berücksichtigen will und damit für den diesen Zeichen zuzubilligenden Schutzzumfang auf den Zeitpunkt der Entscheidung abstellt; sie führt aus, die Sonnen-Zeichen der Widersprechenden seien, wie in den Rechtsstreitigkeiten über die beiden erwähnten Sun-Zeichen festgestellt worden sei, einem nicht unerheblichen Teil der Verbraucher bekannt; insbesondere in Norddeutschland treffe das für 25 v.H. der Hausfrauen zu; das sei ein sehr beachtlicher Teil der Verbraucherkreise.

Hierbei berücksichtigt die angefochtene Entscheidung jedoch nicht, daß es für die Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens, soweit nicht seine Schwächung geltend gemacht wird, auf den Zeitpunkt der Anmeldung des bekämpften Zeichens und seiner Ingebrauchnahme für die Waren der angemeldeten Art ankommt (BGHZ 34, 299, 303 - Almglocke

= GRUR 1961, 347). Für die weitere Behandlung der Sache wird das Bundespatentgericht bei Berücksichtigung der Benutzungslage also, soweit eine besonders starke Verkehrsgeltung des Widerspruchszeichens geltend gemacht wird, den Zeitpunkt der Anmeldung und der Ingebrauchnahme des angemeldeten Zeichens zugrunde legen müssen.

III. Die angefochtene Entscheidung war hiernach aufzuheben und die Sache war zur anderweiten Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen (§§ 13 Abs. 5 WZG, 41 x PatG). Dem Beschwerdegericht war auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens vorzubehalten; diese Kosten werden in der abschließenden Entscheidung demjenigen Beteiligten aufzuerlegen sein, der in der Sache unterliegt; das entspricht jedenfalls für das Rechtsbeschwerdeverfahren in Widerspruchssachen von Beteiligung von zwei Parteien der Billigkeit (§§ 13 Abs. 5 WZG, 41 y PatG).

Wilde    Krüger-Nieland    Jungbluth    Pehle    Sprenkmann