

5

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

WZG §§ 5, 31

V i t a p u r

- a) Im patentamtlichen Widerspruchsverfahren ist die Frage, ob die Kennzeichnungskraft eines Widerspruchszeichens durch b e n u t z t e Drittzeichen geschwächt worden ist, nur dann zu berücksichtigen, wenn die Benutzungslage so weit unstreitig oder amtsbekannt ist oder unterstellt werden kann, daß dem Prüfer eine abschließende und erschöpfende Beurteilung der Kennzeichnungskraft und der Verwechslungsgefahr möglich ist.
- b) Drittzeichen, die nur in die Zeichenrolle eingetragen sind, aber n i c h t benutzt werden, können bei der Prüfung bedeutsam sein, welche Kennzeichnungskraft einem Zeichen von Hause aus zukommt.

BGH, Beschl. v. 13. Juli 1966 - Ib ZB 6/65 - BPatG

BUNDESGERICHTSHOF

Ib ZB 6/65

BESCHLUSS

Verkündet am
13. Juli 1966
Wüst,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Rechtsbeschwerdesache

der Firma Dr. August O [REDACTED], B [REDACTED],

Anmelderin und Rechtsbeschwerde-
führerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma L [REDACTED]-Werke GmbH, D [REDACTED], B [REDACTED] Allee [REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer,

Widersprechende und Rechts-
beschwerdegegnerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] - .

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Mai 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Sprengmann, Alff und Dr. Simon

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde wird der Beschluß des 4. Senates (juristischen Beschwerdesenates) des Bundespatentgerichts vom 18. Januar 1965 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Bundespatentgericht zurückverwiesen.

G r ü n d e :

Die beschwerdeführende Anmelderin hat für die Ware "Traubenzucker" ein Wortbildzeichen angemeldet, das außer einer Warenpackung mit dem Kopfbildzeichen der Anmelderin und dem Firmennamen "Dr. O. [REDACTED]" das Kennwort "V. [REDACTED]" enthält. Gegen diese Anmeldung hat die Rechtsbeschwerdegegnerin aufgrund ihres älteren Zeichens Nr. 546 297 "V. [REDACTED]" Widerspruch erhoben. Dieses Zeichen ist u.a. für Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege sowie pharmazeutische Präparate eingetragen und nach der Feststellung des Bundespatentgerichts bislang nicht benutzt worden. Ein weiterer Widerspruch, den die Inhaberin verschiedener "D. [REDACTED]"-Zeichen erhoben hatte, ist inzwischen erledigt.



Patentamt und Bundespatentgericht haben die Übereinstimmung der beiden Zeichen festgestellt und die Eintragung des angemeldeten Zeichens versagt. Die gegen diese Entscheidung gerichtete zugelassene Rechtsbeschwerde der Anmelderin ist im Ergebnis begründet.

I. Zur Frage der Warengleichartigkeit, deren Nachprüfung die Beschwerdeführerin erbittet, tritt das Bundespatentgericht der Feststellung der Prüfungsstelle bei, daß Traubenzucker als diätetisches Nahrungsmittel mit den für das Widerspruchszeichen eingetragenen Arzneimitteln und pharmazeutischen Präparaten gleichartig sei. Diese im wesentlichen trichterliche Feststellung, die die Beschwerdeführerin in Verfahren vor dem Bundespatentgericht selbst nicht angezweifelt hatte, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

II. Es ist ferner nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Bundespatentgericht dem Umstand, daß das Widerspruchszeichen ein offenbar unbenutztes Vorratszeichen ist, keine entscheidungserhebliche Bedeutung beigemessen hat. Der erkennende Senat hat bereits in dem Beschluß vom 25. Februar 1966 (BGHZ 45, 173 - Epigran) dargelegt, daß ein etwaiger Einwand das Widerspruchszeichen sei als unbenutztes Zeichen nicht oder nur begrenzt schutzwürdig, im Eintragungs- und Widerspruchsverfahren nicht geltend gemacht werden kann. Insoweit erhebt auch die Beschwerdeführerin keine Rüge.

III. 1. Bei der Prüfung der Zeichenübereinstimmung im Sinne der §§ 5, 6, 31 WZG geht das Bundespatentgericht davon aus, daß zwar der Bestandteil "V" des Widerspruchszeichens, der in zahlreichen Zeichen auf dem einschlägigen Wareng Gebiet vorkommt, zeichenrechtlich schwach sei, daß aber die Wortverbindung "Vi" insgesamt als Fantasiewort

erscheine. Diese Wortverbindung als Ganze sei - so legt das Beschwerdegericht des Näheren dar - in ihrer Kennzeichnungskraft auch nicht durch Drittzeichen in einem rechtlich erheblichen Umfang beeinträchtigt worden. Da daher nur eine Schwäche des Bestandteils "V [REDACTED]" anzunehmen sei, könne die Gefahr von Verwechslungen nicht mit genügender Sicherheit ausgeschlossen werden. Ihrem Gesamteindruck nach, bei dessen Beurteilung auch der Bestandteil "V [REDACTED]" nicht ganz außer Betracht bleiben dürfe, kämen sich die beiderseitigen Bezeichnungen namentlich klanglich sehr nahe; denn sie unterschieden sich lediglich dadurch, daß bei dem angemeldeten Zeichen "Vi [REDACTED]" der Konsonant r gegen den Mitlaut lp des Widerspruchszeichens "Vi [REDACTED]" ausgewechselt werde. Dadurch würden Verwechslungen beim flüchtigen Sprechen nicht hinreichend sicher vermieden.

2. Wenn man von der noch zu erörternden Frage absieht, welche Bedeutung den von der Anmelderin genannten Drittzeichen für die Beurteilung der Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens zukommt, dann sind diese Ausführungen aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

a) Zu Unrecht bemängelt die Rechtsbeschwerde, das Bundespatentgericht habe nicht beachtet, daß die Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens bereits deshalb von Haus aus schwach sei, weil es sich aus z w e i nicht kennzeichnungskräftigen Bestandteilen zusammensetze. Nicht nur der Bestandteil "V [REDACTED]", der als solcher für die hier in Rede stehenden Waren der Klasse 2 nicht eintragungsfähig sei (Bl f PMZ 1928, 241; vgl. auch Urteil des erkennenden Senates vom 10. Juni 1964 Ib ZR 135/65 - Vitabad), sondern auch der weitere Bestandteil "pulp" sei als beschreibender Begriff für sich

allein nicht schutzfähig; denn dieses Wort werde im Großen Brockhaus als Fruchtmark erläutert und auch im Duden erwähnt sowie in der Warenliste von Richter in der Verbindung "Kartoffelpulpe". Selbst wenn man indessen mit der Rechtsbeschwerde annimmt, daß die beiden Bestandteile des Widerspruchszeichens jeweils für sich allein nicht schutzfähig sein würden, dann könnte daraus noch nicht gefolgert werden, schon aus diesem Grunde sei ihre Zusammenziehung für die in Rede stehenden Waren von Haus aus derart kennzeichnungsschwach, daß keine Verwechslungen zu befürchten seien (zur Schutzfähigkeit von Zeichen, die aus dem Wortteil V und einer Beschaffenheitsangabe gebildet sind, vgl. BGH GRUR 1966, 436 - Vita-Malz). Diese neue Wortverbindung, die nicht etwa in sprachüblicher Weise gebildet worden ist, könnte den beteiligten Verkehrskreisen lediglich verschwommene symbolhafte Vorstellungen vermitteln. Das führt aber keinesfalls zu einer so weitgehenden Schwächung, daß schon deshalb eine Verwechslungsgefahr mit dem in Wortanfang, Silbenzahl, Vokalfolge und Mittelkonsonant übereinstimmenden angemeldeten Zeichen ausgeschlossen werden könnte. Der wenig gebräuchlich Wortteil "pulp", der nach Angaben der Beschwerdeführerin wahrscheinlich von dem lateinischen Wort pulpa = Zahnmark abgeleitet wurde, ist zumindest für einen nicht unerheblichen Teil des Verkehrs kein geläufiger Begriff mit bestimmtem Inhalt, so daß mindestens für diesen Teil des Verkehrs die Feststellung des Bundespatentgerichtes nicht rechtsfehlerhaft ist, die Wortverbindung als Ganzes erscheine als ein Fantasiewort.

b) Die Rechtsbeschwerde macht ferner geltend, trotz klanglicher Annäherung der zu vergleichenden Zeichen entfall die Gefahr der Verwechslung jedenfalls deshalb, weil die beiderseitigen Bezeichnungen an verkehrsbekannte Begriffe mit

unterschiedlichen Sinngehalten anknüpften, die sich rasch einprägten und daher leichter auseinandergehalten werden könnten (BGHZ 28, 320, 323 - Quick; GRUR 1961, 234 - Hobby; GRUR 1966, 38 - Centra). Auch dieser Gesichtspunkt greift jedoch im Streitfall nicht durch. Ob der Bestandteil "V" ein geläufiges und einprägsames Vorstellungsbild vermittelt (vgl. dazu die erwähnten Entscheidungen Vitabad und Vita-Malz), kann dahinstehen, weil sich die beiderseitigen Zeichen insoweit nicht unterscheiden. Von den weiteren Bestandteilen "pulp" einerseits und "pur" andererseits ist dem Verkehr lediglich der Wortteil "pur" in dem angemeldeten Zeichen im Sinne von rein oder auch unvermischt vertraut. Die Möglichkeit der Anknüpfung an einen bestimmten Sinngehalt kann zwar ausnahmsweise auch dann zu einer Minderung der klanglichen Verwechslungsgefahr beitragen, wenn sie bei nur einer der beiden einander gegenüberstehenden Bezeichnungen gegeben ist (BGH GRUR 1958, 81, 82 - Thymopect). Doch ist dann besonders sorgfältig zu prüfen, ob sich der Sinngehalt dem Hörer derart deutlich aufdrängt, daß er klangliche Unterschiede wirklich schnell und leicht zu erfassen vermag und daher der Gefahr des Verhörens weniger stark ausgesetzt ist. Eine derartige Wirkung kann in der Wortverbindung "Vi" dem Bestandteil "pur", der als gängige Schlußsilbe mit einem mehrsilbigen Wort verschmolzen ist, nicht beigemessen werden.

IV. Die zeichenrechtliche Übereinstimmung zwischen dem Widerspruchszeichen "Vi" und dem angemeldeten Zeichen "Vi" könnte sonach lediglich dann verneint werden, wenn die Entscheidung hierüber durch das Vorhandensein ähnlicher Drittzeichen beeinflusst werden würde, auf welche sich die Anmelderin beruft. Welche Bedeutung derartigen Drittzeichen im Widerspruchsverfahren zukommt, ist umstritten.

1. Der 4. Senat des Bundespatentgerichtes betrachtet den Einfluß der Drittzeichen unter dem Gesichtspunkt der Schwächung der Kennzeichnungskraft und hält im vorliegenden Fall (veröffentlicht Mitt 1965, 110) an seiner schon früher dargelegten Auffassung fest (Mitt 1965, 71), daß nach dem sachlichen Warenzeichenrecht die Kennzeichnungskraft eines Zeichens nur durch solche ähnliche Drittzeichen geschwächt werden könne, die auf dem gleichen oder benachbarten Warenggebiet tatsächlich benutzt werden. Aus der bloßen Eintragung ähnlicher Drittzeichen in die Warenzeichenrolle könne hingegen aus Rechtsgründen eine Beeinträchtigung nicht hergeleitet werden, und zwar auch dann nicht, wenn das Widerspruchszeichen - wie hier - seinerseits ebenfalls nur eingetragen und nicht benutzt sei. Diese Schwächung des Widerspruchszeichens durch tatsächlich benutzte Drittzeichen sei nicht nur im Rechtsstreit vor den ordentlichen Gerichten sondern auch im patentamtlichen Widerspruchsverfahren zu prüfen. Dies führe wohl auch nicht zu einer untragbaren Belastung dieses Verfahrens; denn der sogenannte Untersuchungsgrundsatz nötige nicht dazu, von Amts wegen nach ähnlichen Zeichen zu forschen und deren Benutzung zu ermitteln; vielmehr sei der marktorientierte Anmelder eines jüngeren Zeichens, der sich auf eine solche Schwächung berufe, im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht gehalten, seinerseits nähere Angaben über die Benutzung der entgegengehaltenen Drittzeichen beizubringen.

2. Der angefochtene Beschluß hebt hervor, daß andere Beschwerdesenate des Bundespatentgerichtes ebenso wie die früheren Beschwerdesenate des Bundespatentamtes einen abweichenden Standpunkt vertreten (PA MA 1957, 795; BPatG Mitt 1964, 57; Miosga, MA 1956, 392, 398 und Mitt 1958, 185). Die abweichende Ansicht hat inzwischen der 24. Beschwerdesenat

des Bundespatentgerichtes näher begründet (BPatGE 7, 155 ff). Auch in dieser Entscheidung des 24. Senates wird der sachlich-rechtliche Grundsatz nicht bezweifelt, daß die Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens durch tatsächlich benutzte Drittzeichen geschwächt werden könne. Es wird aber dargelegt, wegen der verfahrensrechtlichen Besonderheiten des Eintragungs- und Widerspruchsverfahrens müsse in diesem Verfahren eine Prüfung der außerhalb des "förmlichen" Zeichenrechtes liegenden Umstände, insbesondere der tatsächlichen Benutzungslage der Drittzeichen, regelmäßig unterbleiben; eine solche Prüfung sei bislang in der Praxis der patentamtlichen Beschwerdesenate auch allenfalls in einer Art Grobsichtung vorgenommen worden; richtigerweise müsse sie den dafür vorgesehenen Verfahren vor den ordentlichen Gerichten überlassen werden. Das bedeute allerdings nicht, daß Drittzeichen im Widerspruchsverfahren gänzlich unbeachtet bleiben könnten. Vielmehr sei zu unterscheiden, ob das Widerspruchszeichen seinerseits benutzt oder unbenutzt sei. Handele es sich um ein unbenutztes Widerspruchszeichen, also um ein nur "förmliches" Registerrecht, dann seien alle für gleiche oder naheliegende Waren eingetragenen ähnlichen Drittzeichen - gleichgültig ob benutzt oder unbenutzt, älter oder jünger als das Widerspruchszeichen - zu beachten, und zwar sei die Verwechslungsgefahr hypothetisch nach der Lage zu beurteilen, die sich ergeben würde, wenn sowohl das Widerspruchszeichen als auch die eingetragenen Drittzeichen benutzt würden. Eingetragene ähnliche Drittzeichen schränkten also den Schutzbereich eines unbenutzten Widerspruchszeichens hypothetisch genauso ein, wie das der Fall wäre, wenn sie tatsächlich benutzt würden. Daß bei der Abgrenzung des Schutzbereiches unbenutzter Widerspruchszeichen die Entgegenhaltung des sogenannten Rollenstandes berechtigt sei, folge auch aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur

sogenannten Abstandslehre. Danach könne ein Zeicheninhaber gegenüber dem Inhaber eines jüngeren Zeichens keinen größeren Abstand beanspruchen, als er ihn selbst mit seinem Zeichen von anderen Konkurrenzzeichen gewählt oder gewahrt habe. Diese Handhabung führe im allgemeinen dazu, daß der Schutzbereich eines unbenutzten Widerspruchszeichens im Widerspruchsverfahren enger gezogen werde, als das bei Berücksichtigung des regelmäßig kleineren Kreises benutzter Drittzeichen der Fall sein würde. Das sei aber nicht bedenklich, da dem Widersprechenden immer noch die Möglichkeit der Löschungs- oder Unterlassungsklage unter Berücksichtigung der tatsächlichen Benutzungslage offenbleibe.

In ähnlicher Richtung wie die Ausführungen des zuletzt genannten Beschlusses bewegen sich die Gedankengänge der Rechtsbeschwerde. Auch sie meint, die tatsächliche Benutzung entgegengehaltener Drittzeichen könne im Widerspruchsverfahren ebensowenig geprüft werden wie die entsprechende Frage, ob das Widerspruchszeichen seinerseits durch Benutzung gestärkt worden sei; auch könne vom Anmelder, der sein Zeichen möglichst bald eingetragen haben möchte, nicht verlangt werden, daß er umfangreiche Nachforschungen über die Benutzung eingetragener Drittzeichen anstelle. Dabei dürfe kein Unterschied zwischen benutzten oder unbenutzten Widerspruchszeichen gemacht werden, da es sonst von der Einlassung des Widersprechenden abhängen könne, ob das Verfahren rasch oder langwierig verlaufe. Von der - nicht zu untersuchenden - Stellung des Widerspruchszeichens im Wirtschaftsverkehr und der damit verbundenen nachträglichen Stärkung oder Schwächung sei aber zu unterscheiden die vorweg auch im Widerspruchsverfahren zu prüfende Frage, welche Kennzeichnungskraft dem Widerspruchszeichen von Haus aus zukomme. Seine ursprüngliche

Kennzeichnungskraft sei nach der sogenannten Abstandslehre davon abhängig, in der Nähe welcher sonstigen eingetragenen Drittzeichen es seinen Platz gewählt habe.

3. Die Entscheidung über den vorliegenden Fall hängt davon ab, wie die geschilderte strittige Rechtsfrage zu beurteilen ist. Tritt man der Auffassung des 4. Beschwerdesenates in dem angefochtenen Beschluß bei, dann wäre es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Beschwerdegericht im Streitfall eine rechtserhebliche Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens nicht glaubte feststellen zu können. Denn nach seinen Feststellungen werden tatsächlich benutzt die IR-Marke 148 843 "Vi [REDACTED]", die aber nur für eine in Italien im Handel befindliche pharmazeutische Spezialität verwendet werde und die sich im übrigen vom Widerspruchszeichen sehr viel stärker unterscheide als das angemeldete Zeichen, ferner die IR-Marke 103 852 "Vi [REDACTED]", unter der aber nur in Spanien und verschiedenen anderen Ländern pharmazeutische Spezialitäten verkauft würden und deren innerdeutsche Benutzung in einem beachtlichen Umfang nicht angenommen werden könne, und endlich auf dem entfernter liegenden Veterinärsektor das Zeichen Nr. 629 912 "Vi [REDACTED]". Hinsichtlich der übrigen entgegengehaltenen Drittzeichen wird in dem angefochtenen Beschluß ausgeführt, daß die Anmelderin trotz Auflage nicht habe angeben können, für welche Waren diese Zeichen gebraucht worden sein sollten und seit wann und in welchem Umfang die Benutzung erfolgt sei.

Folgt man hingegen dem abweichenden Standpunkt des 24. Beschwerdesenates und der Rechtsbeschwerdeführerin, dann wären außer den genannten Drittzeichen Vi [REDACTED], Vi [REDACTED] und Vi [REDACTED] zumindest noch die weiterhin in die Rolle eingetragenen Zeichen Vi [REDACTED], Vi [REDACTED], Vi [REDACTED], Vi [REDACTED],

ferner Vi [REDACTED], Vi [REDACTED] und V [REDACTED]-Gustin heranzuziehen, soweit sie für gleiche oder benachbarte Warengebiete eingetragen sind, und zwar nach Ansicht des 24. Senates des Bundespatentgerichtes auch diejenigen, die später als das Widerspruchszeichen angemeldet wurden. Das könnte je nach Art der Berücksichtigung dieser Drittzeichen eine so weitgehende Einschränkung des Schutzbereiches des Widerspruchszeichens zur Folge haben, daß eine Verwechslungsgefahr nicht mehr anzunehmen wäre.

4. Bei der Prüfung, welche Beurteilungsgrundsätze angesichts der hier zutage tretenden gegensätzlichen Äußerungen anzuwenden sind, muß - wie dies bereits in dem Beschluß des 24. Beschwerdesenats zum Ausdruck kommt - zweierlei auseinandergehalten werden: Einmal die Frage, welcher Einfluß auf die Kennzeichnungskraft eines Zeichens Drittzeichen nach dem sachlichen Recht beigemessen werden kann, und zum anderen die verfahrensrechtliche Frage, ob und in welchem Umfang etwaige sachlich-rechtlich anzuerkennende Einflüsse im patentamtlichen Widerspruchsverfahren Berücksichtigung finden können. Dabei ist es durchaus denkbar, einen Teil der für die abschließende Beurteilung der Verwechslungsgefahr maßgebenden Umstände im Widerspruchsverfahren im Interesse seiner Entlastung und Vereinfachung unberücksichtigt zu lassen und ihre Prüfung erforderlichenfalls anderen ergänzenden Verfahren vorzubehalten. Hingegen ist es nicht vertretbar, Zeichenübereinstimmung und Verwechslungsgefahr, deren Begriff für das gesamte Kennzeichenrecht der gleiche ist, im Widerspruchsverfahren abweichend von sonstigen Verfahren nach Gesichtspunkten zu beurteilen, die im sachlichen Recht keine Grundlage finden und die daher bei einer umfassenden abschließenden Würdigung wieder ausgeschieden werden müßten. Denn was materiell-rechtlich im Endergebnis

unzweifelhaft unerheblich ist, kann nicht aus bloßen verfahrensrechtlichen Erwägungen für das Widerspruchsverfahren Bedeutung erlangen.

a) Zu der Frage, welche Bedeutung benutzten Drittzeichen im Widerspruchsverfahren zukommt, ist folgendes zu bemerken:

aa) Es ist nach sachlichem Recht unbestritten, daß die Kennzeichnungskraft eines Zeichens einerseits durch seine Benutzung im Verkehr gestärkt, andererseits durch benutzte Drittzeichen geschwächt werden kann. Die Schwächung durch Drittzeichen wird damit begründet, daß der Verkehr durch das Nebeneinanderbestehen der Zeichen genötigt werde, auch auf geringfügige Unterschiede zu achten, und daß daher bereits geringe Unterschiede genügen könnten, eine Verwechslungsgefahr auszuschließen (BGH GRUR 1955, 415, 417 - Arctuvan; GRUR 1955, 484, 486 - Luxor; GRUR 1955, 579, 581 - Sunpearl; GRUR 1957, 499, 501 - Wipp). Andere haben die Einschränkung des Schutzes daraus hergeleitet, daß in solchen Fällen die Zeichen zwar an sich nach wie vor verwechselbar seien, daß aber der Verkehr dann, wenn ihm auf dem fraglichen Warengbiet eine Reihe ähnlicher Zeichen begegnen, aus der Ähnlichkeit noch nicht auf die Herkunft aus dem gleichen Geschäftsbetrieb schließe, also keiner Verwechslungsgefahr im Sinne eines Herkunftsirrtums unterliege (vgl. auch Leo, GRUR 1963, 607; von Harder, GRUR 1964, 299). Wie immer diese Schwächung eines Zeichens durch Drittzeichen begründet wird, sie kann unter dem Gesichtspunkt des Verhaltens des Verkehrs naturgemäß nur dann in Betracht kommen, wenn die Drittzeichen im Verkehr auch tatsächlich in Erscheinung treten. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist daher für den Verletzungsstreit stets daran

festgehalten worden, daß die Stellung des angeblich geschwächten Zeichens im Wirtschaftsverkehr zu untersuchen ist und daß eine Schwächung nur durch benutzte Drittzeichen möglich ist (so schon GRUR 1952, 419, 420 - Gumax; GRUR 1954, 123, 124 - Auto-Fox; GRUR 1955, 415, 417 - Arctuvan, insbesondere GRUR 1955, 484, 486 - Luxor; GRUR 1955, 579, 582 - Sunpearl; GRUR 1959, 420, 421 - Opal; GRUR 1961, 628, 629 - Umberto Rosso). Auch die sogenannte Abstandslehre ist - wie Harder, GRUR 1964, 299, 302 zutreffend bemerkt - vom Bundesgerichtshof jedenfalls bislang nicht anders angewendet worden. Soweit dabei die Formulierung verwendet wurde, ein Zeicheninhaber könne keinen weiteren Abstand der Konkurrenzzeichen von seinem Zeichen verlangen, als er ihn seinerseits von anderen Konkurrenzzeichen gewahrt und gewählt habe, war damit bisher immer nur der vorgenannte Gedanke der Schwächung gemeint, und es wurde daher stets als selbstverständliche Voraussetzung angesehen, daß die Drittzeichen durch ihre Benutzung im Verkehr eine gewisse Bedeutung erlangt hatten (so ausdrücklich BGH GRUR 1955, 484, 486 - Luxor; vgl. neuerdings BGHZ 45, 131 - Shortening).

bb) Ob und inwieweit diese Schwächung durch benutzte Drittzeichen auch im Widerspruchsverfahren zu berücksichtigen ist, hat der erkennende Senat bislang noch nicht abschließend entschieden (vgl. BGHZ 39, 266, 271 f - Sunsweet; BGHZ 42, 307 - derma; BGHZ 44, 60, 64 - Agyn; BGHZ 45, 173 - Epigran). Auch der Streitfall würde zu keiner abschließenden Entscheidung nötigen, wenn lediglich die drei vom Beschwerdegericht behandelten Drittzeichen zu berücksichtigen wären, weil deren Benutzung zu keiner Schwächung geführt haben könnte. Da aber die Nichtbenutzung der weiteren Drittzeichen jedenfalls nicht unstreitig ist, insbesondere aus

den Erklärungen der Anmelderin im Beschwerdeverfahren nicht etwa entnommen werden kann, daß sie die Nichtbenutzung dieser Zeichen zugestanden habe, kann die Frage, ob im Widerspruchsverfahren Ermittlungen über Art und Umfang der Benutzung anzustellen sind, nicht offen gelassen werden.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist nicht auf die Möglichkeiten des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundespatentgericht, sondern auf Funktion und Zuschnitt des Verfahrens vor der patentamtlichen Verwaltungsbehörde abzustellen; denn allein das Ergebnis dieses Verfahrens ist Gegenstand der Nachprüfung durch die Beschwerde- und Rechtsbeschwerdegerichte, und diese Nachprüfung muß sich daher innerhalb der Grenzen bewegen, die der Tätigkeit des Patentamtes gezogen sind. Das Verfahren vor dem Patentamt ist aber - wie der Senat in den vorgenannten Entscheidungen wiederholt zum Ausdruck gebracht hat - zusammen mit dem Eintragungsverfahren auf die rasche Erledigung einer Vielzahl von Anmeldungen angelegt und darf als registerrechtliches Verfahren nicht ungebührlich verzögert werden. Sein Gegenstand ist nach der gesetzlichen Aufgabenverteilung in § 6 WZG allein die Prüfung, ob zwischen dem angemeldeten Zeichen und dem für gleiche oder gleichartige Waren angemeldeten älteren Widerspruchszeichen in ihrer eingetragenen oder zur Eintragung bestimmten Gestalt Übereinstimmung im Sinne des § 31 WZG besteht. Anerkanntermaßen sind daher eine Reihe von Fragen, die für die endgültige Berechtigung einer Eintragung bedeutsam werden können, in diesem Verfahren nicht zu untersuchen (vgl. Trüstedt, MA 1966, 260, 266), darunter auch die Frage, ob sich ein von Haus aus schutzunfähiger Bestandteil des Widerspruchszeichens im Verkehr als Kennzeichen durchgesetzt hat (BGHZ 42, 307 - derma) oder ob das Widerspruchszeichen wegen Nichtbenutzung

einen geringeren Schutz genießt (BGHZ 44, 60 - Agyn; 45, 173 - Epigran). Der 24. Beschwerdesenat legt in seiner Entscheidung (aaO S. 168 f) dar, daß nach der Praxis der Prüfungsstellen auch die hier in Rede stehende sogenannte Benutzungslage nie oder kaum im Widerspruchsverfahren berücksichtigt worden sei, obwohl sie für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr unverkennbar größere Bedeutung hat als eine Reihe sonstiger vom Widerspruchsverfahren ausgeschlossener Fragen. Diese Praxis läßt sich zwar nicht mit einem Gegensatz zwischen "förmlichem" und "sachlichem" Zeichenrecht, wohl aber damit begründen, daß sich die registerrechtliche Prüfung der Verwechslungsgefahr durch das Patentamt grundsätzlich auf die von Haus aus gegebene Übereinstimmung (Verwechselbarkeit) der Zeichen in ihrer eingetragenen oder zur Eintragung bestimmten Gestalt konzentriert (vgl. BGHZ 42, 307 - derma) und sich nicht mit den Veränderungen durch die etwaige Stellung der Zeichen im Wirtschaftsverkehr befassen muß. Die erwähnte Amtsübung der Prüfungsstellen erscheint vor allem deshalb verständlich, weil das vom Grundsatz der Amtsermittlung beherrschte patentamtliche Widerspruchsverfahren für die erfahrungsgemäß oft umfangreichen und zeitraubenden Beweiserhebungen über Art und Umfang der Benutzung wenig geeignet ist. Den Schwierigkeiten, die für die Prüfungsstellen mit den erforderlichen Ermittlungen verbunden wären und die der 4. Beschwerdesenat anscheinend unterschätzt, kann mit Hilfe der Beibringungspflicht der Beteiligten schon deshalb nicht wirkungsvoll begegnet werden, weil dann im Amtsprüfungsverfahren zumindest verstärkt die schon für das Parteiverfahren vorgeschriebene Frage- und Aufklärungspflicht gemäß § 139 ZPO eingreifen würde, zumal dem Patentamt die Zeichenrolle und ein umfangreiche Karteimaterial zur Verfügung stehen, die als Unterlagen

für Ermittlungen und für Hinweise an die Beteiligten durchaus geeignet sein würden. Die Berücksichtigung der Benutzungslage ist nur dort nicht mit erheblichen, dem Wesen des patentamtlichen Verfahrens widersprechenden, Belastungen verbunden, wo diese Lage ohne eingehende Ermittlungen beurteilt werden kann. Das wäre vielleicht in einem weitergehenden Umfang als nach der derzeitigen Gesetzeslage möglich, wenn im deutschen Warenzeichenrecht die Benutzungspflicht eingeführt würde und wenn dann aufgrund der Eintragung eines Zeichens in der Rolle regelmäßig auch seine Benutzung im Verkehr vermutet werden könnte. Solange aber kein Benutzungszwang besteht, ist die Prüfung der Benutzungslage im patentamtlichen Verfahren nur dann vertretbar, aber im Interesse einer richtigen Sachentscheidung auch geboten, wenn alle für die Tatsache der Benutzung und ihren Umfang maßgeblichen Umstände unstreitig oder - beispielsweise aus einem vorausgegangenen Prüfungsverfahren gemäß § 4 Abs. 3 WZG - amtsbekannt sind, gegebenenfalls auch dann, wenn eine strittige Benutzung unterstellt werden kann, ohne daß das Ergebnis dadurch beeinflußt wird. Bei diesen "liquiden" Fällen hat sich das Patentamt auch in der Vergangenheit für verpflichtet gehalten, seine Augen nicht vor dem gegebenen Sachverhalt zu verschließen und nicht sehenden Auges eine im sachlich-rechtlichen Ergebnis unrichtige Entscheidung zu treffen (vgl. auch BGHZ 39, 266, 271 Sunsweet; BGHZ 42, 307, 312 - derma).

Diese billigenswerte Amtsübung ist von dem 6. Überleitungsgesetz vom 23. März 1961, das am Grundsatz der Amtsermittlung festgehalten hat, nicht berührt worden. Der Senat hat bereits in der Sunsweet-Entscheidung (BGHZ 39, 266, 217 f) auf die Absicht des Gesetzgebers hingewiesen,

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. UG S. 8). Geht man aber davon aus, dann kann die Benutzungslage nach wie vor nur dann im Widerspruchsverfahren berücksichtigt werden, wenn sie in ihrer Gesamtheit soweit unstrittig oder amtsbekannt ist oder unterstellt werden kann, daß der Prüfer ihren Einfluß auf Kennzeichnungskraft und Verwechslungsgefahr erschöpfend und abschließend zu beurteilen vermag. In allen anderen Fällen muß die ergänzende Prüfung der Benutzungslage anderen Verfahren überlassen bleiben. Wenn die Zeichenübereinstimmung unabhängig von der Benutzungslage verneint wird, der Widersprechende aber für das Widerspruchszeichen eine durch die Benutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft beansprucht, so käme die Löschungsklage gemäß § 11 Abs. 1 Ziff. 1 WZG in Betracht. Wenn die Zeichenübereinstimmung ohne Berücksichtigung der Benutzungslage bejaht wird, würde dem Anmelder in dem Umfange, in dem eine patentamtliche Prüfung im Hinblick auf die Besonderheit des patentamtlichen Verfahrens nicht stattgefunden hat, d.h. zur Geltendmachung des Einflusses der ungeprüft gebliebenen Benutzungslage auf Kennzeichnungskraft und Verwechslungsgefahr, der Weg der Eintragungsbewilligungsklage nach § 6 WZG offen gehalten werden müssen, dem zur Entlastung des Widerspruchsverfahrens besondere Bedeutung beizumessen ist; denn die für das Verfahren über die Eintragungsbewilligungsklage geltende Bindung des Prozeßgerichts an die im patentamtlichen Verfahren getroffene Entscheidung über die Zeichenübereinstimmung (vgl. BGHZ 37, 107 - Germataler Sprudel) kann sinnvoller Weise nur so weit bestehen, wie im patentamtlichen Verfahren die Zeichenübereinstimmung überhaupt geprüft und darüber entschieden werden konnte.

Abschließend mag hierzu noch bemerkt werden, daß eine derartige Begrenzung der Berücksichtigung an sich rechtserheblicher Tatsachen in einem bestimmten Verfahren mit dem Ziel eines raschen vorläufigen Abschlusses dieses Verfahrens der Rechtsordnung nicht fremd ist, wie etwa das Beispiel des Urkundenprozesses zeigt.

Da im Streitfall die Benutzung der Drittzeichen teilweise strittig ist und da auch Unterstellungen keine abschließende Beurteilung erlauben würden, muß unentschieden bleiben, welcher Einfluß etwa benutzten Drittzeichen auf die Kennzeichnungskraft des unstreitig unbenutzten Widerspruchszeichens zukommen könnte. Im Ergebnis hat daher das Beschwerdegericht zu Recht aus der Benutzungslage keine für die Anmelderin günstigen Folgen hergeleitet.

b) Damit stellt sich jedoch die weitere Frage, ob - wie die Rechtsbeschwerde meint - die Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens bereits wegen der bloßen Eintragung der Drittzeichen, unabhängig von ihrer Benutzung, als geschmälert angesehen werden muß.

aa) Die Rechtsbeschwerde beruft sich insoweit auf die bereits erwähnte "Abstandslehre", die schon in der Gumax-Entscheidung (GRUR 1952, 420) zum Ausdruck gekommen sei und die jedenfalls eine Berücksichtigung eingetragener prioritätsälterer Drittzeichen rechtfertige.

Die hierzu von der Rechtsbeschwerde vertretene Auffassung wird verschiedentlich damit begründet, daß niemand ein Zeichenrecht erwerben könne, das bereits dem Inhaber eines älteren Zeichens zustehe, wobei es - weil das deutsche Warenzeichenrecht keinen Benutzungszwang

kenne - gleichgültig sein müsse, ob das ältere ähnliche Zeichen tatsächlich benutzt werde oder nicht. Diese Begründung, welche die Abstandslehre im Sinne einer formalen "Zirkeltheorie" mißversteht, wird dem System und Wesen des deutschen Zeichenrechtes nicht gerecht und erweist sich in dieser schroffen Ausprägung als Einwand aus dem Recht eines Dritten, der nach sachlichem Recht regelmäßig unzulässig ist und im Widerspruchsverfahren nicht allein aus Gründen verfahrensmäßiger Zweckmäßigkeit zugelassen werden kann. Das Recht eines Zeicheninhabers beginnt nicht erst dort, wo die Rechte älterer Zeicheninhaber aufhören. Der Inhaber eines unbenutzten älteren Zeichens wäre zwar seinerseits befugt, einem anderen Anmeldung und Benutzung eines verwechslungsfähigen Zeichens zu untersagen. Duldet er aber aus irgendeinem Grund ein solches Zeichen, dann erwirbt der Inhaber dieses anderen Zeichens seinerseits vollen Schutz gegen die Anmeldung weiterer verwechslungsfähiger Zeichen durch Dritte (vgl. auch BGH GRUR 1957, 34, 35 - HadeF für den Fall der Eintragung gleichlautender Warenzeichen für zwei verschiedene Inhaber; vgl. ferner RG GRUR 1931, 154, 155 - Saalegold). Es wäre nicht gerechtfertigt, diesem Dritten den Einwand zuzubilligen, zwischen dem von ihm angemeldeten und dem Gegenzeichen sei eine Verwechslungsgefahr deshalb in Kauf zu nehmen, weil an sich der Inhaber eines älteren Zeichens Verbotsrechte gegenüber dem Inhaber des Gegenzeichens geltend machen könne, obwohl er das nicht tut und auch sein älteres Zeichen nicht benutzt.

Für den Standpunkt der Rechtsbeschwerde könnte - wie das Beschwerdegericht andeutet - schon eher der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben angeführt werden; denn nach anerkannter Rechtsansicht verstößt gegen diesen Grundsatz,

wer sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzt. Es ist deshalb zu fragen, ob ein Widersprechender sein Recht mißbraucht, wenn er selbst nur einen geringen Abstand von älteren Zeichen gewählt hat, gleichwohl aber Ansprüche gegenüber jüngeren Zeichen geltend machen will, die von seinem Zeichen einen mindestens ebenso großen Abstand halten. Auch mit dieser Überlegung läßt sich jedoch eine Berücksichtigung der nur eingetragenen, aber nicht benutzten Drittzeichen nicht rechtfertigen. Das Beschwerdegericht weist zutreffend darauf hin, daß bei solchen Zeichen keineswegs feststeht, ob sie jemals benutzt werden; es gibt bei der derzeitigen Gesetzeslage zahlreiche in der Rolle eingetragene Zeichen, die im geschäftlichen Verkehr niemals in Erscheinung treten. Ferner fühlen sich manche Inhaber unbenutzter Zeichen in ihren Belangen nicht beeinträchtigt, wenn ein anderer ein ähnliches Zeichen nicht für gleiche, sondern nur für gleichartige Waren benutzen will, so daß es vielfach zu Vereinbarungen über eine gegenseitige Duldung kommt. Endlich kann die lebendige Entwicklung dazu führen, daß sich ein Zeichen, das bei seiner Eintragung von älteren unbenutzten ähnlichen Zeichen nur einen geringen Abstand einnahm, im Verkehr durchsetzt und starke Kennzeichnungskraft erwirbt, und daß zugleich die ursprünglichen Verbotungsrechte des älteren Zeicheninhabers verwirkt werden. Aus allen diesen Gründen wäre es verfehlt, gegen den Inhaber eines Zeichens, das von den Inhabern unbenutzter prioritätsälterer ähnlicher Zeichen geduldet wird, den Vorwurf des Rechtsmißbrauches zu erheben, wenn dieser nun seinerseits die gesetzlichen Rechte gegenüber verwechslungsfähigen Zeichen und entsprechenden Zeichenanmeldungen ausübt.

bb) Diese Erwägungen greifen uneingeschränkt dann durch, wenn das Widerspruchszeichen seinerseits im geschäftlichen Verkehr tatsächlich benutzt wird (vgl. auch BGH GRUR 1961, 628, 629 - Umberto Rosso für den Fall, daß eine IR-Marke zwar nicht in Deutschland, wohl aber im Ausland in Benutzung ist). Wird hingegen - wie im vorliegenden Fall - das Widerspruchszeichen nicht benutzt, dann sollen nach Ansicht des 24. Senates, die der ständigen Übung des Patentamtes entspreche, auch solche Drittzeichen Berücksichtigung finden, die ebenso wie das Widerspruchszeichen lediglich eingetragen sind, und zwar soll - wie es in dem Beschluß des 24. Senates heißt - eine hypothetische vorausschauende Prüfung der Verwechslungsgefahr stattfinden, bei der zu unterstellen sei, daß sowohl das Widerspruchszeichen als auch die eingetragenen Drittzeichen benutzt würden und sich demzufolge gegenseitig schwächen könnten.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Solange das deutsche Warenzeichenrecht keine Benutzungspflicht kennt, erscheint es schon bedenklich, die Berücksichtigung des Rollenstandes davon abhängig zu machen, ob das Widerspruchszeichen im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht oder doch schon in Benutzung genommen worden ist. Zwar kann unbenutzten Zeichen ein geringerer Schutz gebühren als neu in Benutzung genommenen Zeichen, nämlich soweit der Geltendmachung von Rechten aus unbenutzten Zeichen der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegensteht (vgl. dazu BGHZ 45, 173 - Epigran, wonach dieser Einwand im Widerspruchsverfahren nicht erhoben werden kann). Liegt diese besondere Voraussetzung aber nicht vor, dann erscheint es nicht gerechtfertigt, den Inhaber eines noch nicht benutzten Zeichens bei der Beurteilung der Frage, inwieweit die Kennzeichnungskraft seines Zeichens durch Drittzeichen

beeinflusst wird, im Ergebnis schlechter zu stellen als einem Zeicheninhaber, der sein Zeichen vielleicht soeben erst in Benutzung genommen hat, zumal der Zeitpunkt der Ingebrauchnahme von Zufälligkeiten abhängen kann. Davon abgesehen findet der Gedanke, die Entscheidung über die Zeichenübereinstimmung auf eine hypothetische künftige Schwächung des Widerspruchszeichens abzustellen, im sachlichen Zeichenrecht keine Stütze. Demgemäß ist es bei Unterlassungsklagen aus unbenutzten Zeichen niemals anerkannt worden, daß die Kennzeichnungskraft dieser Zeichen allein deshalb geringer zu bemessen sei, weil eingetragene ähnliche Drittzeichen im Falle ihrer Benutzung eine Schwächung bewirken könnten. Die gegenteilige Beurteilung würde dazu führen, daß der Gesichtspunkt der Schwächung der Kennzeichnungskraft eines eingetragenen Zeichens, der ohnehin an einen gewissen Ausnahmetatbestand anknüpft, übermäßig ausgeweitet werden würde. Abgesehen davon muß die Rechtsanwendung grundsätzlich von einem bestimmten Sachverhalt ausgehen; sie darf regelmäßig nicht auf unsichere Mutmaßungen über eine etwaige zukünftige Entwicklung gegründet werden, die wie diejenige der zeichenrechtlichen Benutzungslage und Ingebrauchnahme derzeit unbenutzter Drittzeichen völlig ungewiß und unübersehbar ist. Es läßt sich schon nicht voraussagen, ob die Drittzeichen überhaupt jemals benutzt werden. Selbst wenn man das aber noch unterstellen könnte, dann wäre doch weiter zu beachten, daß die Schwächung eines Zeichens nicht schon automatisch durch Benutzung ähnlicher Drittzeichen eintritt (vgl. GRUR 1955, 579, 581 - Sunpearl), sondern weiterhin davon abhängig ist, in welchem Umfang und für welche der eingetragenen Waren die Drittzeichen verwendet werden. Zudem kann umgekehrt die Entwicklung auch zu einer Erstarkung des fraglichen Zeichens

führen, die eine Schwächung durch ähnliche Drittzeichen verhindern würde.

Diesen Erwägungen kann nicht entgegengehalten werden, daß auch die Verwechslungsgefahr zwischen einem unbenutzten Widerspruchszeichen und dem möglicherweise ebenfalls noch unbenutzten angemeldeten Zeichen nur hypothetisch danach beurteilt werden könne, ob die Zeichen, wenn sie verwendet werden, in den beteiligten Verkehrskreisen zu Verwechslungen führen könnten (so BGH GRUR 1961, 231 - Hapol; GRUR 1965, 672 - Agyn; BGHZ 45, 173 - Epigran), und daß daher unbenutzten Drittzeichen gleichermaßen ihre künftige Entwicklung zugute gehalten werden müsse. Bei der Prüfung, ob für die beteiligten Verkehrskreise die Gefahr von Verwechslungen zwischen Widerspruchszeichen und angemeldetem Zeichen zu befürchten ist, wird gerade nicht auf eine nur mögliche, im einzelnen ungewisse künftige Entwicklung abgestellt, zu der beispielsweise auch eine denkbare Erstarkung des Widerspruchszeichens gehören würde, sondern es wird lediglich angenommen, daß sich beide Zeichen im Zeitpunkt der Prüfung in ihrer eingetragenen Gestalt im Verkehr gegenüberstehen. Eine darauf beschränkte Unterstellung würde - wie erwähnt - für die Beurteilung des komplexen Schwächungstatbestands nicht ausreichen.

Auch der 24. Beschwerdesenat geht offenbar davon aus, daß nach dem sachlichen Recht aus nur eingetragenen Drittzeichen keine Schwächung im bisher erörterten Sinne hergeleitet werden kann. Er verweist selbst auf die Möglichkeit einer anschließenden Verletzungs- oder Löschungsklage, bei der dann die nur eingetragenen und nicht benutzten Drittzeichen unberücksichtigt bleiben müßten. Es ist indessen nicht einzusehen, daß dann im Widerspruchsverfahren gleichwohl der gesamte sogenannte Rollenstand zugrunde gelegt

und damit die Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens nach strengeren Grundsätzen beurteilt werden soll, als das sachliche Recht sie fordert. Die verfahrensrechtlichen Besonderheiten des Widerspruchsverfahrens, insbesondere das Bestreben nach Vereinfachung und Beschleunigung, sprechen im Gegenteil dafür, es erst recht von solchen Gesichtspunkten freizuhalten, die nach dem sachlichen Recht im Endergebnis unerheblich sind.

cc) Andererseits wäre es aber auch verfehlt, künftig im Widerspruchsverfahren den Rollenstand gänzlich unbeachtet zu lassen. Es geht nämlich, was in der Auseinandersetzung über die hier umstrittenen Fragen vielfach übersehen wird, bei der patentamtlichen Prüfung eines neu angemeldeten Zeichens auf seine Verwechselbarkeit mit einem älteren Zeichen zunächst einmal in erster Linie darum, welche Kennzeichnungskraft dem älteren Widerspruchszeichen von Hause aus zukommt. Unter diesem Gesichtspunkt kann die Heranziehung des Rollenstandes - wie bereits der 24. Beschwerdesenat angedeutet hat (aaO S. 171) - wertvolle Aufschlüsse vermitteln. Wenn in die Zeichenrolle für gleiche oder benachbarte Warengebiete eine Reihe ähnlicher Zeichen gelangt sind, ohne daß deren Inhaber gegen weitere Anmeldungen eingeschritten sind, dann kann dies für den erfahrenen und sachkundigen Prüfer dieses Warengebietes ein wichtiger Fingerzeig dafür sein, daß es sich um naheliegende verbrauchte Wortbildungen von geringer Originalität handelt und daß sich die Anmelder solcher Zeichen deren ursprünglicher Kennzeichnungsschwäche durchaus bewußt sind. Bei dieser Prüfung der ursprünglichen Kennzeichnungskraft eines Zeichens, die unabhängig von seiner weiteren Stärkung oder Schwächung durch die Benutzungslage vorzunehmen ist und die sich mit dem Zeichen in seiner eingetragenen Gestalt befaßt, sind

ebenso wie sonstige von Amts wegen bekannte Umstände auch solche Anhaltspunkte heranzuziehen, die sich aus dem Rollenstand gewinnen lassen. Dabei können namentlich prioritätsältere eingetragene Drittzeichen Bedeutung erlangen, aber auch prioritätsjüngere Eintragungen, soweit sie Rückschlüsse auf die einem Zeichen von Hause aus zukommende Kennzeichnungskraft zulassen. Auf diese Weise wird im Unterschied zu der vom Beschwerdegericht zu Recht abgelehnten, formal mißverstandenen Abstandslehre der Rollenstand nicht schematisch herangezogen und auch nicht hypothetisch auf Grund einer nur möglichen, aber völlig ungewissen Entwicklung gewürdigt, sondern als Stütze für die im übrigen aus Sachkunde und Erfahrung gewonnene Beurteilung nutzbar gemacht. Das erscheint gerade für das patentamtliche Eintragungs- und Widerspruchsverfahren gerechtfertigt, das einerseits von zeitraubenden Beweiserhebungen möglichst freizuhalten ist, das aber andererseits auf der besonderen Sachkunde und der durch jahrelange Praxis gesammelten Erfahrung der Prüfungsstellen für ihre Warenggebiete aufbaut und zu dessen Schwerpunkten die Beurteilung der ursprünglichen Kennzeichnungskraft eines Zeichens gehört. Von diesem Blickpunkt aus wird die Berücksichtigung des Rollenstandes über die sogenannte Abgrenzungshilfe gemäß § 5 Abs. 3 WZG hinaus auch weiterhin den von der patentamtlichen Praxis bisher verfolgten Zweck erfüllen, nicht nur das vorhandene umfangreiche Karteimaterial für Außenstehende nutzbar zu machen und der Verstopfung der Zeichenrolle zu begegnen, sondern vor allem auch Zeichenkollisionen mit möglichst geringem Aufwand lebensnah zu beurteilen und weiteren Rechtsstreitigkeiten so weit wie möglich vorzubeugen.

5. Den vorstehenden Erwägungen hat das Beschwerdegericht nicht ausreichend Rechnung getragen, weil es sich

von der rechtlich nicht haltbaren Auffassung hat leiten lassen, der Rollenstand sei aus Rechtsgründen schlechthin unbeachtlich. Es hat zwar dem Bestandteil "V" geringe Kennzeichnungskraft beigemessen, weil er in zahlreichen Zeichen auf dem einschlägigen Warenggebiet vorkomme. Zu der strittigen Wortverbindung als Ganzer hat es hingegen nur ausgeführt, sie sei ein Fantasiewort, das durch benutzte Drittzeichen nicht geschwächt worden sei. Es hat sich aber nicht mit der vorhergehenden Frage befaßt, welche ursprüngliche Kennzeichnungskraft dieser Wortverbindung innewohnt. Da insoweit eine tatrichterliche Würdigung unterblieben ist und da sich nicht ausschließen läßt, daß die Entscheidung durch den unrichtigen Ausgangspunkt beeinflußt worden ist, mußte der Rechtsbeschwerde stattgegeben und die Sache gemäß §§ 13 Abs. 5 WZG, 41 x PatG an das Bundespatentgericht zurückverwiesen werden, dem auch die Entscheidung über die Kosten zu übertragen war.

Jungbluth

Pehle

Sprenkmann

Alff

Simon