

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

WZG §§ 4, 10

Rippenstreckmetall II

- a) Zu den Anforderungen an den Nachweis der Durchsetzung einer reinen Beschaffenheitsangabe als Individualzeichen.
- b) Wird unmittelbar nach Eintragung eines Warenzeichens ein auf das Fehlen der sog. absoluten Eintragungsvoraussetzung des § 4 Abs. 2 Nr. 1 WZG (mangelnde Unterscheidungskraft) gestützter Löschungsantrag gestellt, so wird der im Zeitpunkt der Eintragung vorhanden gewesene Mangel nicht durch eine erst im Laufe des Löschungsverfahrens oder bis zu seiner Einleitung eingetretene Durchsetzung des Zeichens als Individualzeichen geheilt.

BGH, Beschl.v.8.Juli 1964 - Ib ZB 7/63 - Bundespatentgericht

Ib ZB 7/63

Verkündet am
8. Juli 1964
Zug, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

B e s c h l u ß

In der Rechtsbeschwerdesache

der Firma Ri [REDACTED]-Gesellschaft mbH., L [REDACTED]
(Rhld.), St [REDACTED]straße [REDACTED],

Warenzeicheninhaberin und
Rechtsbeschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigte: 1. Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und Dr. [REDACTED]
2. Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Verfahrensbeteiligte:

1. Firma Ernst Ho [REDACTED], K [REDACTED]-S [REDACTED], N [REDACTED] Allee [REDACTED],

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

2. Firma Wilhelm v [REDACTED] H [REDACTED], A [REDACTED] (W [REDACTED].),

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

zu 1. und 2. Löschantragstellerinnen und Rechts-
beschwerdegegnerinnen,

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 8. Juli 1964 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Jungbluth, Pehlo, Dr. Mösl
und Alff beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Warenzeicheninhaberin gegen
den Beschluß des 24. Senats (Warenzeichen-Beschwerde-
senats I) des Bundespatentgerichts vom 27. März 1963
wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens werden der
Rechtsbeschwerdeführerin auferlegt.

Von Rechts wegen

- 2 -

G r ü n d e :

I. Die Rechtsbeschwerdeführerin ist Inhaberin des am 7. März 1956 angemeldeten und am 11. April 1957 für die Waren "Netzartige Putzträger aus Metall" eingetragenen Warenzeichens "Ri [REDACTED]" (Nr. [REDACTED]). Das Zeichen ist im beschleunigten Verfahren (§ 6a WZG) eingetragen worden. Die Prüfungsstelle des Deutschen Patentamtes war zwar davon ausgegangen, daß es sich bei dem angemeldeten Zeichen um eine Beschaffenheitsangabe handle, war aber auf Grund eines Gutachtens des Deutschen Industrie- und Handelstages zu der Auffassung gelangt, das angemeldete Zeichen habe sich im Verkehr als Kennzeichen der angegebenen Waren der Anmelderin durchgesetzt (§ 4 Abs. 3 WZG).

Nachdem die Eintragung des Zeichens bekanntgemacht worden war, haben die Rechtsbeschwerdegegnerinnen, die ebenfalls Metallputzträger herstellen und vertreiben, die sie im geschäftlichen Verkehr weiterhin als Ri [REDACTED] bezeichnen wollen, mit Schriftsätzen vom 14. Juni und 17. Oktober 1957 die Löschung des Zeichens beantragt. Diese Anträge hat die Warenzeichenabteilung nach Einforderung eines neuen, auf eine breitere Grundlage gestellten Gutachtens des Deutschen Industrie- und Handelstages mit Beschluß vom 21. Juli 1960 zurückgewiesen. Auf die hiergegen erhobene Beschwerde hat das Bundespatentgericht diesen Beschluß aufgehoben und die Löschung des Warenzeichens angeordnet. Dagegen richtet sich die in der angefochtenen Entscheidung zugelassene Rechtsbeschwerde der Zeicheninhaberin, mit der die Aufhebung dieser Entscheidung und die Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht beantragt wird. Die Rechtsbeschwerdegegnerinnen beantragen Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die angefochtene Entscheidung geht in Übereinstimmung mit der Warenzeichenabteilung davon aus, daß das Wort "Ri [REDACTED] [REDACTED]" eine an sich nicht eintragbare beschreibende Angabe im Sinne des § 4 Abs. 2 Nr. 1 WZG sei, nimmt aber im Gegensatz zur Eintragungsbehörde an, daß sich diese Bezeichnung im Zeitpunkt der Eintragung nicht im Sinne des § 4 Abs. 3 WZG zugunsten der Zeicheninhaberin im Verkehr durchgesetzt (gehabt habe, und daß deshalb die Löschung anzuordnen sei, weil die Eintragung hätte versagt werden müssen (§ 10 Abs. 2 Nr. 2 WZG). Die Voraussetzungen, unter denen dieser Mangel der Eintragungsvoraussetzungen aufgrund nachträglich eingetretener Verkehrsdurchsetzung als geheilt angesehen werden könnte, seien nicht gegeben.

II. Das Beschwerdegericht begründet seine Ansicht, das Zeichen "Ri [REDACTED]" sei von Haus aus als nicht eintragungsfähige Angabe ohne Unterscheidungskraft zu werten, im einzelnen wie folgt: Schon nach Wortbildung und Wortsinn sei es bei unbefangener Betrachtung als glatte Beschaffenheitsangabe zu werten, die den Eindruck einer Gattungsbezeichnung bzw. eines Warennamens erwecke und deshalb keine Unterscheidungskraft im Sinne einer Kennzeichnung der Herkunft der mit diesem Worte bezeichneten Waren aus einem bestimmten Betriebe aufweise. Die beteiligten Verkehrskreise (Architekten, Bauingenieure, Bauherren, Baustoff- und Eisenwarenhandlungen, Bauunternehmen, Stukkateure und Maurer) verständen darunter ein gestrecktes Metall mit Rippen. Schon seit der Jahrhundertwende sei der Name "Streckmetall" für netzartige durchbrochene Bleche üblich gewesen, die dadurch entstehen, daß in das Blech Schlitzte gestanzt werden, während es gleichzeitig gestreckt werde; in vielfachen Abhandlungen kehre dieser Warenname wieder; auch die Anmelderin habe dieses Wort noch in der Anmeldung beim deutschen Patentamt, in einer entsprechenden Anmeldung beim österreichischen Patentamt und in dem Zivilprozeß 8 HO 123/61 LG Hagen als Warennamen verwendet. Ihre jetzige Behauptung, im

Jahre 1929, als ihr Geschäftsführer Dipl.-Ing. R. das Wort "Ri" geprägt habe, sei das Wort und das Material Streckmetall nicht bekannt gewesen, sei daher widerlegt.

Auch den Wortbestandteil "Rippe" verstehe der hier in Betracht kommende Fachmann als Hinweis auf die Beschaffenheit der Ware, nämlich als Queraussteifung bei flächigen Bauteilen, z.B. als Versteifung ebener oder gekrümmter Blechfelder. Das zusammengesetzte Wort beschreibe daher, wie bei neugebildeten technischen Fremdwörtern häufig, unter Verwendung bereits eingeführter Begriffe in notwendig einfacher Weise das damit bezeichnete Material. Wie naheliegend die hier fragliche Bezeichnung sei, gehe daraus hervor, daß das entsprechende Material in den USA schon seit 1899 ähnlich bezeichnet worden sei. In Deutschland finde sich das Wort "Ri" jedenfalls seit 1932 im technischen Schrifttum, und zwar wiederholt mit genauen Definitionen, was darunter zu verstehen sei, und zum Teil auch mit Angaben darüber, worin die technischen Vorteile dieses Materials gegenüber dem Streckmetall bestehen. Die angefochtene Entscheidung führt im einzelnen zahlreiche Belegstellen auf und betont, in ihnen sei ausdrücklich hervorgehoben, daß das Wort Ri betreffend die Beschaffenheit des Materials wiedergebe, das sich dank seiner hochgestellten Rippen durch eine hervorragende Eigensteifigkeit und freie Spannbarkeit auszeichne. Schließlich hätten auch die Unternehmen, die als erste in Deutschland Ri hergestellt und vertrieben hätten, diese Bezeichnung seit etwa 1931 immer nur als (beschreibende) Sachbezeichnung eines neuen Baustoffs mit bestimmten technischen Eigenschaften, dagegen nie als betrieblichen Herkunftshinweis verwendet. Unhaltbar seien daher die jetzigen Ausführungen der Zeicheninhaberin, Ri sei etwas grundsätzlich anderes als Streck-

metall, es werde nicht gestreckt, sondern dehnungsfrei auseinandergezogen, enthalte auch keine Rippen, sondern Sicken und bestehe nicht einmal aus Metall. Unerheblich sei endlich auch, ob der Geschäftsführer der Zeicheninhaberin das Wort "Ri [REDACTED]" erfunden oder erstmals verwendet habe; im Verkehr habe es jedenfalls als glatte Beschaffenheitsangabe Eingang gefunden.

1. Die Rechtsbeschwerde greift diese Auffassung zunächst mit der allgemein gehaltenen Rüge an, das Beschwerdegericht sei nicht hinreichend auf den Sachvortrag der Rechtsbeschwerdeführerin eingegangen, aus dem sich ergebe, daß das Wort Rippenstreckmetall nicht als glatte Beschaffenheitsangabe anzusehen sei. Der Rechtsbeschwerde ist insoweit entgegenzuhalten, daß ein Verstoß gegen die Sachaufklärungspflicht des Gerichts nicht allein damit begründet werden kann, daß nicht auf alle Einzelfälle eingegangen worden ist; entscheidend ist vielmehr, ob die Entscheidung erkennen läßt, daß eine sachentsprechende Würdigung des Vorgetragenen stattgefunden hat (BGHZ 3, 162, 175); daran besteht aber im vorliegenden Fall kein Zweifel; die vom Beschwerdegericht angestellte Beweiswürdigung und Sachaufklärung ist vielmehr besonders eingehend und erschöpfend.

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ergibt sich insbesondere kein Anhaltspunkt für die Annahme, es sei nicht "berücksichtigt" worden, daß, als Dipl.-Ing. R. [REDACTED] den Putzträger im Jahre 1930 unter der fraglichen Bezeichnung auf den Markt gebracht habe, es kein Unternehmen gegeben habe, welches ein solches Material herstellte; ebenso wenig besteht ein Anhalt dafür, daß die angefochtene Entscheidung "übersehen" habe, daß bis zum Jahre 1954 kein fremdes, nicht zu der "Ri [REDACTED] Gruppe" gehörendes Unternehmen Putzträger dieser

Art hergestellt habe. Vielmehr hat das Beschwerdegericht dieses Vorbringen - wie sich aus dem folgenden ergibt, mit Recht - für rechtlich unerheblich angesehen.

2. Die Rechtsbeschwerde führt weiter aus, auf den Streitfall seien die Grundsätze anzuwenden, nach denen ein eingetragenes Warenzeichen, das von Natur aus ein Phantasiezeichen darstellt, durch stärkste Verbreitung aber in der Gefahr schwebt, zum Warennamen zu werden, gegen diese Gefahr zu schützen sei. Sie verweist zum Vergleich insbesondere auf die Bezeichnungen Perlon und Thermos und meint vor allem, auf die Auffassung des Publikums darüber, ob es sich bei dem stark benutzten Zeichen um eine Beschaffenheitsangabe handle, komme es in derartigen Fällen nicht an; nur, wenn etwa bereits eine größere Anzahl von Zeichenbenutzern vorhanden gewesen wäre, die das Zeichen in erheblichem Umfange benutzten, könne einer Auffassung des Publikums, es handle sich um die bloße Bezeichnung einer Warenart, aus Rechtsgründen Beachtung geschenkt werden; im Jahre 1930 aber seien bestimmte Vorstellungen im Publikum über die Beschaffenheit der Ware nicht vorhanden gewesen; deshalb sei die dafür eingeführte Bezeichnung eine Phantasiebezeichnung gewesen, und sie sei dies im warenzeichenrechtlichen Sinne selbst dann geblieben, wenn das Publikum im Laufe der Zeit darunter eine bestimmte Art von Putzträgern verstanden habe; entscheidend sei nämlich insofern der Zeitpunkt der Ingebrauchnahme des Zeichens.

Der Hinweis der Rechtsbeschwerde auf die Gesichtspunkte, die bei der Entwicklung zu Recht eingetragener Warenzeichen zu freien Warennamen zu beachten sind, geht fehl, da es sich im Streitfall um die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Eintragung handelt.

Die weitere Auffassung der Rechtsbeschwerde, es sei für die rechtliche Beurteilung der Frage, ob ein unterscheidungskräftiges (Phantasie-) Zeichen gegeben sei, auf den Zeitpunkt der Ingebrauchnahme abzustellen, ist unvereinbar mit §§ 4 Abs. 2 Nr. 1 und 10 Abs. 2 Nr. 2 WZG; wie schon die Fassung des Gesetzes deutlich erkennen läßt, sich aber vor allem aus dem Sinn und den Notwendigkeiten des Eintragungsverfahrens ergibt, ist bei Prüfung der Eintragungsfähigkeit auf die Gegenwart - wobei in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben kann, ob genauer auf den Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung oder den der Anmeldung oder beider-, jedenfalls aber nicht auf den oft weit zurückliegenden Zeitpunkt der Ingebrauchnahme abzustellen. Wer ein Zeichen benutzt, ohne es anzumelden, muß es sich vielmehr im Eintragungs- und Löschungsverfahren entgegenhalten lassen, wenn sich das Zeichen infolge seiner Benutzung zur Beschaffenheitsangabe oder allgemein zu einer Bezeichnung entwickelt hat, die nicht mehr geeignet ist die betriebliche Herkunft zu kennzeichnen und die deshalb der erforderlichen Unterscheidungskraft entbehrt.

3. Die Rechtsbeschwerde wendet sich sodann gegen die Ansicht des Beschwerdegerichts, die Bezeichnung "Ri[REDACTED] metall" sei eine sog. "glatte" Beschaffenheitsangabe, sowie gegen die daraus unter Hinweis auf BGH GRUR 1960, 83, 85 - Nährbier - gezogene Folgerung, an den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung seien erhöhte Anforderungen zu stellen.

Ein Rechtsfehler ist jedoch insoweit nicht gegeben. Wie auch die Rechtsbeschwerde nicht verkennet, gibt es innerhalb des Rahmens derjenigen Zeichen, die als Beschaffenheitsangabe aufgefaßt werden und deshalb nicht eintragbar sind, Abstufungen nach dem Maße, in welchem diese Auffassung im Einzelfall besteht; der Bundesgerichtshof hat zu dieser Frage in der

Nährbierentscheidung ausgeführt, daß an die Tauglichkeit und den Umfang des dem Nachweis der Verkehrsdurchsetzung dienenden Beweismaterials um so größere Anforderungen gestellt werden müssen, je weniger Kennzeichnungskraft im Sinne einer Herkunftsbezeichnung das betreffende Wort seiner Art nach hat, weil der Verkehr Beschaffenheitsangaben im allgemeinen in der sprachüblichen Bedeutung versteht. Daraus hat er weiter gefolgert, daß es bei sog. "glatten" oder "reinen" Beschaffenheitsangaben zum Nachweis einer Durchsetzung als Herkunftshinweis nicht immer ohne weiteres genüge, wenn lediglich nachgewiesen werde, daß die beteiligten Verkehrskreise das Erzeugnis rein tatsächlich einem bestimmten Unternehmen zuschreiben oder mit diesem "in Verbindung bringen". Eine derartige nur aus der Warenart und der bisherigen tatsächlichen Marktlage gefolgerte Herkunftsvorstellung rechtfertige es nicht, ein Kennzeichnungsmonopol an einer die Eigenschaften dieser Ware in sprachüblicher Weise beschreibenden Bezeichnung zu begründen; es müsse vielmehr die Auffassung hinzutreten, daß die Bezeichnung der kennzeichenmäßigen Unterscheidung gegenüber möglichen, dieselben Eigenschaften aufweisenden Erzeugnissen anderer Hersteller dient. An dieser Rechtsauffassung, der sich der erkennende Senat im Rahmen des § 25 WZG angeschlossen hat (NJW 1964, 920, 922 - Klemmbaustein), ist festzuhalten. Soweit die Rechtsbeschwerde etwa geltend machen will, gegenüber einem mit der betreffenden Ware allein auf dem Markt befindlichen Unternehmen sei hinsichtlich der Auffassung des Publikums von der Bedeutung der Kennzeichnung nicht in dieser Weise zu unterscheiden, kann ihr nicht gefolgt werden. Diese Unterscheidung ist vielmehr schon im Hinblick auf das Wesen des Warenzeichens als einer der Kennzeichnung der betrieblichen Herkunft einer Ware dienenden, ihre Unterscheidung von gleichen oder gleichartigen Waren anderer bezweckenden Kennzeichnung geboten; versteht aber das Publikum die Bezeichnung als Namen für eine Ware von bestimmten Eigen-

schaften ohne Rücksicht auf die Herkunft der Ware, so kann diese Bezeichnung nicht dazu dienen, gerade die Ware eines einzelnen von den (gleichen) Waren anderer zu unterscheiden. Nur die sorgfältige Feststellung einer Publikumsvorstellung im Sinne einer Herkunftskennzeichnung vermag vor allem zu verhindern, daß Herstellungs- oder Vertriebsmonopole für Waren, für die keine gewerblichen Schutzrechte bestehen, allein dadurch begründet werden, daß den Waren bei ihrer Einführung auf dem Markt eine ihre Beschaffenheit betreffende Bezeichnung gegeben wird, die sich bei den angesprochenen Verkehrskreisen einbürgert und die diese überwiegend mit dem bis dahin den Markt allein oder vorwiegend beliefernden Unternehmen lediglich "in Verbindung bringen", ohne die Bezeichnung jedoch als unterscheidendes Kennzeichen für die betriebliche Herkunft aufzufassen.

Die besondere Strenge der Anforderungen bei sog. glatten Beschaffenheitsangaben äußert sich, wie der Bundesgerichtshof in der "Nährbier"-Entscheidung (aaO. S. 87) dargelegt hat, somit in mehrfacher Richtung: Je treffender und naheliegender die Bezeichnung die Beschaffenheit der Ware anspricht, desto weniger Anhaltspunkte bestehen dafür, daß der Verkehr - auch, soweit er die Bezeichnung als solche kennt und mit einem bestimmten Unternehmen in Verbindung bringt - dazu neige, sie als zeichenmäßigen Herkunftshinweis aufzufassen; desto eher ist aber auch anzunehmen, daß der Verkehr der Bezeichnung bedarf, um seiner Vorstellung von bestimmten Eigenschaften einer Ware treffend Ausdruck zu geben. Je größer aber dieses Bedürfnis nach Freihaltung ist, um so größere Anforderungen müssen nach dem Sinn und Zweck des § 4 WZG wiederum an die Breite der Durchsetzung gestellt werden.

Ohne Rechtsirrtum hat das Beschwerdegericht, das von diesen Rechtsgrundsätzen ausgegangen ist, im Streitfall angenommen, daß die Bezeichnung "Ri [REDACTED]" eine glatte Beschaffenheitsangabe in diesem Sinne enthält. Das ergibt schon die überaus starke und mehrere Jahrzehnte dauernde Verwendung dieses Wortes in den vom Beschwerdegericht angeführten allgemeinen Druckschriften, gegen die die Rechtsbeschwerde nichts hat vorbringen können. Aus ihnen hat das Beschwerdegericht zu Recht gefolgert, daß es sich geradezu um einen Warennamen für Putzträger mit bestimmten Eigenschaften handelt, der sich als solcher um so stärker einführen mußte, als er diese bevorzugte Art von Streckmetall besonders treffend kennzeichnete. Der Hinweis der Rechtsbeschwerde auf die Bezeichnungen, mit denen die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 12. Juli 1963 (GRUR 1964, 82 - Lesering) und vom 23. September 1958 (GRUR 1959, 130 - Vorrasur/Nachrasur) sich zu befassen hatten, geht fehl. Diese Entscheidungen hatten nicht die Frage der Eintragungsfähigkeit von Beschaffenheitsangaben aufgrund einer behaupteten Verkehrsdurchsetzung zum Gegenstand, sondern betrafen bürgerlich-rechtliche Ansprüche aus eingetragenen Zeichen, deren Schutzfähigkeit das Gericht bei der Beurteilung dieser Ansprüche nicht mehr zu prüfen hatte; in dem "Lesering"-Falle wurden die Ansprüche überdies nicht einmal aus dem formellen Zeichenrecht, sondern aus § 1 W/G hergeleitet. Abgesehen hiervon stehen jene Zeichen einer Beschaffenheitsangabe hinsichtlich der dort geschützten Waren (Druckereierzeugnisse, insbesondere Bücher, bzw. Rasierklingen) nicht so nahe wie das Wort "Ri- [REDACTED]" für Metallputzträger mit den bereits erörterten Eigenschaften. Es kann für die vorliegende Entscheidung daher nichts daraus hergeleitet werden, wenn in jenen Fällen ein geringerer Grad von Verkehrsgeltung als zur Bejahung des Zeichenschutzes ausreichend angesehen worden ist.

Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde stände es der Annahme einer glatten Beschaffenheitsangabe ferner nicht entgegen, wenn die in Frage stehende Ware gar keine Rippen im üblichen Wortsinne, sondern "Hohlstege" aufweisen würde. Im übrigen setzt sich die Rechtsbeschwerde mit diesem Vorbringen in unzulässiger Weise in Widerspruch zu den in diesem Punkte nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffenen tatsächlichen Feststellungen der angefochtenen Entscheidung.

Unerheblich ist schließlich, ob der Geschäftsführer der Rechtsbeschwerdeführerin die Bezeichnung Ri [REDACTED] geprägt hat, denn auf diese Tatsache könnte allenfalls ein Vorgehen gegen Dritte aus außerzeichenrechtlichen Gründen, nicht aber der Anspruch auf Eintragung des Warenzeichens hergeleitet werden, wenn diese Bezeichnung im Zeitpunkt der Eintragung im Verkehr als Beschaffenheitsangabe oder als Warenname aufgefaßt worden ist.

III. Der angefochtene Beschluß hält unter Hinweis auf die Nährbierentscheidung einen Durchsetzungsgrad von erheblich mehr als 50 v.H. für erforderlich.

Gegen diese Anforderung sind entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde keine rechtlichen Bedenken zu erheben, denn es handelt sich bei der Bezeichnung "Ri [REDACTED]" nach den bereits erörterten Feststellungen des Beschwerdegerichts um eine eingebürgerte technische Bezeichnung für eine bestimmte Warenart, an deren Freihaltung für den allgemeinen Gebrauch ein erhebliches Interesse sowohl der Allgemeinheit als auch der Mitbewerber zu bejahen ist. Ist aber ein starkes Interesse an der Freihaltung einer Bezeichnung gegeben, so muß für eine Eintragung des Warenzeichens aufgrund der Aus-

nahmenvorschrift des § 4 Abs. 3 WZG sogar eine nahezu einheitliche Durchsetzung als Individualzeichen gefordert worden (vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., Anm. 47 zu § 4 WZG).

Entgegen der Meinung der Rechtsbeschwerde war dem Bundespatentgericht die selbständige Prüfung der Frage des Durchsetzungsgrades nicht etwa deshalb verwehrt, weil die Eintragungsbehörde diese Frage bereits aufgrund eines Gutachtens geprüft und in einem für die Zeicheninhaberin günstigen Sinne entschieden hatte, zumal die von der Eintragungsbehörde zugrunde gelegte Umfrage bei weitem nicht an alle Industrie- und Handelskammern gerichtet worden war.

Unter Zugrundelegung der ersten und der vollständigeren zweiten Umfrage ist das Beschwerdegericht zu der Auffassung gelangt, daß die Bezeichnung "Ri [REDACTED]" sich nur bei etwa 29 v.H. der beteiligten Verkehrskreise als Zeichen der Herkunft entsprechender Waren aus dem Betriebe der Zeicheninhaberin durchgesetzt habe. In Abweichung von der Würdigung der Warenzeichenabteilung hält es insbesondere eine Bewertung von 13 Kammerauskünften, die eine Verkehrsdurchsetzung weder bejaht noch verneint hatten, mit der Hälfte des Stimmengewichts für verfehlt; denn die Auskünfte von 11 Kammern, die die Verkehrsdurchsetzung bejaht hatten, seien bereits mit dem vollen Stimmgewicht berücksichtigt worden; in Wirklichkeit sei aber maßgebend, wie hoch der Anteil der die Herkunftsfunktion des Zeichens bejahenden Verkehrsteilnehmer sei; auch in den Bezirken der eine Verkehrsdurchsetzung bejahenden Kammern sei jedoch eine vollständige Durchsetzung nicht erreicht gewesen. Es sei ferner nicht gerechtfertigt gewesen, zugunsten der Verkehrsdurchsetzung diejenigen Stimmen mitzurechnen, die die fragliche Bezeichnung mit anderen Unter-

nehmen als dem der Zeicheninhaberin in Verbindung brachten, und zwar auch dann nicht, wenn diese Stimmen auf die jetzigen Gesellschafterunternehmen der Zeicheninhaberin entfielen.

1. Die Rechtsbeschwerde meint demgegenüber, eine Verkehrsdurchsetzung in Höhe von über 50 v.H. sei tatsächlich erreicht gewesen. Im einzelnen erhebt sie gegen die Beweiswürdigung des Beschwerdegerichts eine Fülle von Verfahrensrügen.

a) Zunächst sei es schon denkwürdig, wenn das Bundespatentgericht Auskünfte mit einem Durchsetzungsgrad von weniger als 50 v.H. als negativ und nur solche mit einem Durchsetzungsgrad von mehr als 50 v.H. als positiv bewerte; eine solche Berechnungsweise könne nicht zu einem zutreffenden Ergebnis führen; wenn z.B. zwei Kammern eine Durchsetzung von 90 v.H., drei eine solche von 40 v.H. berichteten, so ergebe sich bei der Berechnungsweise des Beschwerdegerichts ein Durchsetzungsgrad von nur 40 v.H., während in Wahrheit ein solcher von 60 v.H. anzunehmen sei.

Dieser Angriff dringt nicht durch. Notwendig ist die Auswertung von Auskünften der Industrie- und Handelskammern über Fragen der hier in Betracht kommenden Art nur eine Kontrolle und Ergänzung der dem Tatrichter ohnedies nach seiner allgemeinen Erfahrung zur Verfügung stehenden Beurteilungsgrundlage. Dabei müssen die grundlegenden Gesichtspunkte im Vordergrund stehen und es ist nicht an Kleinigkeiten und Nebensächlichkeiten zu haften. Zählte aber das Beschwerdegericht, wie geschehen, alle über 50 v.H. der Befragten erreichenden bejahenden Stimmen als positive Auskunft des Kammerbezirks, so konnte es bei dem solchen Befragungen innewohnenden nur annähernden Erkenntniswert ohne Verfahrensverstoß im entsprechenden Falle der unter 50 v.H. bleibenden positiven Stimmen die Auskunft als negativ werten, ohne daß dadurch das Gesamt-

bild nennenswert beeinträchtigt werden konnte. Das von der Rechtsbeschwerde gebildete Beispiel ist extrem und entbehrt jeder Wahrscheinlichkeit; die Rechtsbeschwerde bezeichnet auch keinen konkreten Anhaltspunkt dafür, daß etwa eine gewisse Häufung des Beispielsfalles eingetreten und nicht - wie nach den Regeln der Wahrscheinlichkeit anzunehmen - durch entsprechende, umgekehrt liegende Fälle ausgeglichen worden wäre. Im übrigen hat das Beschwerdegericht durchaus erkannt, daß es letztthin nicht entscheidend auf die Zählung nach Kammerbezirken, sondern auf die Ermittlung des Durchsetzungsgrades bei den in Betracht kommenden Verkehrskreisen abzustellen ist; für diese kam es auch auf den Inhalt der einzelnen Auskünfte an, den die angefochtene Entscheidung jedoch nicht außer acht gelassen hat.

b) Der weitere Angriff der Rechtsbeschwerde, das Bundespatentgericht habe diejenigen Auskünfte, die eine Durchsetzung weder bejaht noch verneint hätten, mit einem "halben Pluspunkt" bewerten müssen, weil keine Verneinung der Verkehrsdurchsetzung zum Ausdruck gekommen sei, richtet sich im Grunde gegen die mit der Rechtsbeschwerde nicht angreifbare tatsächliche Würdigung des Beschwerdegerichts. Aber selbst wenn man ihren Angriffen in diesem Punkt folgen wollte, würde sich daraus noch nicht ein Durchsetzungsgrad von der bei einer solchen Bezeichnung zu fordernden Höhe ergeben.

c) Auch der weitere Angriff, das Beschwerdegericht hätte auf Grund einer Analyse der betreffenden Kammerauskünfte in nachprüfbarer Weise darlegen müssen, weshalb es eine verhältnismäßig hohe Zahl von Kammerauskünften als in ihrem Gehalt zweifelhaft außer Betracht gelassen habe, ist nicht gerechtfertigt. Soweit die Rechtsbeschwerde die ausdrückliche Auseinandersetzung des angefochtenen Beschlusses mit einer ganzen

Reihe einzelner Kammerauskünfte vermißt, in denen die Rechtsbeschwerde "deutliche Anhaltspunkte für eine starke Verkehrsdurchsetzung" erblickt, ist auf die sich aus BGHZ 3, 162, 175 ergebenden Anforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen hinzuweisen. Dafür, daß das Beschwerdegericht diese einzelnen Auskünfte und ihren Inhalt nicht in Betracht gezogen hätte, fehlt jeder Anhaltspunkt.

Ebenso wenig ist der damit zusammenhängende Angriff der Rechtsbeschwerde begründet, das Bundespatentgericht sei angesichts dieser einzelnen "zweifelhaften" Auskünfte verpflichtet gewesen, auf eine Aufklärung der Zweifel hinzuwirken. Diese Rüge vorkennt den Umfang der sich aus § 41 b Abs. 1 PatG ergebenden Aufklärungspflicht des Tatrichters; der Sinn und Zweck derartiger Befragungen wird auch dann erfüllt, wenn bei ihnen eine Reihe unbrauchbarer Auskünfte neben solchen steht, aus denen der Tatrichter bei kritischer, nicht schematisch zählender Würdigung hinreichend deutlich zu entnehmen vermag, wie die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise in Wirklichkeit beschaffen ist; dies aber war hier in einem ausreichenden Maße auf Grund der eingeholten Auskünfte möglich.

d) Die Rechtsbeschwerde bemängelt weiter, daß die angefochtene Entscheidung Stimmen, welche Gesellschafterfirmen der Zeicheninhaberin als das oder eines der Herstellerunternehmen bezeichneten, als für den Durchsetzungsnachweis unbeachtlich bewertet habe. Seit 1954 finde der Vertrieb der von den Gesellschafterunternehmen hergestellten Ware ausschließlich über die Zeicheninhaberin statt; wenn aber nur das Vertriebsunternehmen das Zeichen im Verkehr benutze, sei eine Verkehrsdurchsetzung als Herkunftszeichen auch insoweit gegeben, als der Verkehr auf andere Unternehmen als Hersteller verweise. Überdies sei von zahlreichen Kammern ausdrücklich

nach diesen Herstellern gefragt worden, wodurch die Befragten gedrängt worden seien, Angaben über die Herstellungsunternehmen zu machen.

Auch diese Rüge hat im Ergebnis keinen Erfolg. Zunächst ergibt die Begründung der angefochtenen Entscheidung (S. 36), daß die Tatsache des seit 1954 einheitlichen Vertriebes der Ware nicht übersehen worden ist. Wenn der Tatrichter gleichwohl die auf die Gesellschafterunternehmen abgegebenen Stimmen nicht zugunsten der Zeicheninhaberin gerechnet hat, so beruhte das im wesentlichen auf einer anderen Erwägung. Das Bundespatentgericht hat, wie seine Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. Februar 1961 (GRUR 1961, 347, 352 - Almglocke) erkennen läßt, durchaus richtig gesehen, daß nicht jede länger dauernde Mitbenutzung einer Warenbezeichnung durch andere Unternehmen zu einer Zerstörung der Herkunftsvorstellung führen muß; es hat aber zutreffend weiter angenommen, daß dies eine Frage der tatsächlichen Verhältnisse ist und daß es entscheidend darauf ankommt, ob ein die gemeinsame Benutzung rechtfertigender wirtschaftlicher Zusammenschluß besteht und ob dieser für das Publikum mit genügender Deutlichkeit sichtbar wird. Nun haben allordings die Kammern bei den beteiligten Verkehrskreisen nicht auch danach gefragt, ob ihnen wirtschaftliche Beziehungen der Zeicheninhaberin zu den übrigen genannten Herstellern bekannt seien, und es ist deshalb nicht auszuschließen, daß sich bei einer solchen Befragung auch bejahende Auskünfte ergeben hätten. Dem Bundespatentgericht fällt jedoch ein Aufklärungsverstoß nicht schon deswegen zur Last, weil es dieser Frage nicht weiter nachgegangen ist, denn es hat seine Auffassung, daß eine weitgehende Verwirrung des Marktes hinsichtlich dieser Frage bestehe, in ausreichender Weise damit begründet,

daß bis zum Jahre 1954 eine Reihe selbständiger Unternehmen die hier fragliche Ware unter der nicht warenzeichenmäßig benutzten Bezeichnung "Rippenstreckmetall" mehrere Jahrzehnte lang vertrieben hat. Ohne Rechtsirrtum konnte das Beschwerdegericht weiter davon ausgehen, daß diejenigen Verkehrsteilnehmer, die trotz des seit 1954 nur über die Zeicheninhaberin erfolgenden Vertriebes die früher selbständig herstellenden und vertreibenden Unternehmen noch kannten, diese Kenntnis mindestens weit überwiegend aus der früheren Zeit der Selbständigkeit dieser Unternehmen hatten. Eine solche Kenntnis ist jedoch aus den bereits erörterten Gründen keinesfalls mit der für eine positive Bewertung der Auskünfte dieser Kreise erforderlichen Vorstellung gleichzusetzen, diese Unternehmen bedienten sich des Wortes "Ri [REDACTED]" als eines die Herkunft der Ware aus ihrem Betriebe kennzeichnenden Unterscheidungszeichens. Selbst wenn also ein größerer Teil des Publikums, als vom Beschwerdegericht angenommen, im Augenblick der Befragung davon gewußt hätte, daß zwischen der Zeicheninhaberin und ihren vier Herstellerunternehmen organisatorische Beziehungen bestehen, würde dieser Umstand mit Rücksicht auf die hier bestehende Besonderheit der früheren langjährigen selbständigen Belieferung des Marktes durch diese Unternehmen nicht in irgendwie erheblichem Maße dazu beitragen können, eine echte Herkunftsvorstellung zugunsten der Zeicheninhaberin als gegeben anzusehen. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die von der Rechtsbeschwerde geforderte Berücksichtigung dieses Umstandes - auch bei Unterstellung einer für die Zeicheninhaberin günstigen Beantwortung der oben unter b) behandelten Frage - keinesfalls dazu führen könnte, eine nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung als gegeben anzusehen, da die Gesellschafterunternehmen der Zeicheninhaberin ohnehin insgesamt nur von etwa 20 v.H. der Befragten als Hersteller genannt worden sind.

e) Soweit die Rechtsbeschwerde es weiter als eine "Unterstellung" des Beschwerdegerichts rügt, daß die befragten Verkehrskreise, die keine Antwort gegeben haben, überwiegend als nicht "positiv" geantwortet hätten, kann ihr gleichfalls nicht beigetreten werden. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde besteht kein gegenteiliger Erfahrungssatz des Inhalts, daß die Nichtbeantwortung einer solchen Umfrage meist darauf zurückzuführen sei, daß die Befragten Waren dieser Art nicht führen. Ebenso wenig kann, wie die Rechtsbeschwerde weiter meint, aus der Nichterteilung von Antworten hergeleitet werden, es seien zum Teil nicht einschlägige Verkehrskreise gehört worden.

f) Die Rechtsbeschwerde rügt weiter, die angefochtene Entscheidung habe bei Auskünften von 20 Kammern nicht zugunsten der Zeicheninhaberin die Tatsache berücksichtigt, daß der Text der Umfrage Antworten zum Nachteil der Zeicheninhaberin nahegelegt habe. Sie meint, diese Kammern hätten es als Erfordernis der Verkehrsdurchsetzung bezeichnet, daß "jeder in der betreffenden Branche Tätige die Herstellerfirma nennen kann, die sich dieses Zeichens bedient".

Zu dieser Rüge ist zunächst zu bemerken, daß sie den Sachverhalt nicht richtig wiedergibt; zwar hat die von der Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang an erster Stelle genannte Industrie- und Handelskammer C [REDACTED] die bezeichnete Frage gestellt; wenn die Rechtsbeschwerde aber sodann fortfährt, die übrigen 19 Kammern hätten "ähnlich" gefragt, so trifft das nicht zu; deren Fragen waren vielmehr durchaus sachgerecht darauf gerichtet, ob die Befragten bei der Bezeichnung "Ri [REDACTED]" ohne weiteres an einen bestimmten Geschäftsbetrieb denken, gegebenenfalls an welchen.

Im übrigen ist zwar im Regelfall bei Prüfung der Verkehrsdurchsetzung nicht danach zu fragen, ob dem Verkehr auch der Name des Unternehmens bekannt ist, mit dem er die Ware in Verbindung bringt; die Rechtsbeschwerde verkennt insoweit jedoch die Besonderheiten des Streitfalles. Die Frage nach dem Hersteller war im gegebenen Falle wegen der bis zum Jahre 1954 erfolgten Benutzung durch mehrere selbständige Unternehmen und ferner deshalb geboten, weil sich bei der im Jahre 1956 durchgeführten Befragung - als Folge jener Benutzung - ergeben hatte, daß das Zeichen mit verschiedenen Unternehmen in Verbindung gebracht wurde; mit Recht hatte der Deutsche Industrie- und Handelstag deshalb bei der zweiten Umfrage die Kammern auf diese Tatsache hingewiesen und ausgeführt, möglicherweise bestehe eine warenzeichenrechtliche Einheit zwischen den in Frage stehenden Unternehmen; deshalb lasse z.B. die Tatsache, daß die Hälfte der Befragten auf ein Unternehmen und die andere Hälfte auf ein anderes hinweise, noch nicht den Schluß zu, daß eine Verkehrsdurchsetzung nicht bestehe.

Soweit die Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang schließlich noch die Möglichkeit behauptet, ein erheblicher Teil der befragten Verbraucher habe vor allem, weil den Verbrauchern regelmäßig nur der Großhandel gegenübertrete, die Hersteller nicht gekannt und deshalb die Umfrage überhaupt nicht oder negativ beantwortet, befaßt sie sich wiederum in unzulässiger Weise mit Einzelheiten der Beweiswürdigung.

2. Über diese, nur einzelne der Beweiswürdigung zugrundeliegende Erwägungen betreffenden Rügen hinaus ist die Rechtsbeschwerde aber vor allem der Ansicht, das Beschwerdegericht habe in Bezug auf die Frage der Durchsetzung des Zeichens unaufgeklärte Zweifel hinsichtlich des Gesamtergebnisses

bestehen lassen; so habe es sich mit der bloßen Vermutung begnügt, ein Teil der befragten Unternehmen hätte die Zeicheninhaberin oder deren Gesellschafterunternehmen nur deshalb benannt, weil ihnen auf Grund der Marktlage keine anderen Hersteller bekannt gewesen seien (S. 40); an anderer Stelle habe das Beschwerdegericht Zweifel an der Zuverlässigkeit der Fragestellung der Kammern und der Bewertung der Antworten durch diese geäußert (S. 39), die Befragung von Architekten, Bauingenieuren und Bauherren vermißt (S. 40) und zusammenfassend festgestellt, die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung sei nicht zweifelsfrei möglich (S. 45 und 51). Das Beschwerdegericht hätte daher, so meint die Rechtsbeschwerde, von Amts wegen weitere Ermittlungen, insbesondere eine demoskopische Umfrage veranstalten müssen; dies sei um so mehr geboten gewesen, als es sich um ein auf Löschung eines eingetragenen Zeichens gerichtetes Verfahren handle; an die Voraussetzungen für die "Entziehung bestehender Rechte" müsse ein strenger Maßstab angelegt werden.

Die Rechtsbeschwerde gibt jedoch die angefochtene Entscheidung nicht richtig wieder, wenn sie geltend macht, die Feststellung des Grades der Verkehrsdurchsetzung sei nicht zweifelsfrei möglich gewesen. Diese Bemerkung findet sich nämlich in dem Abschnitt, in dem das Beschwerdegericht prüft, ob wenigstens eine Verkehrsdurchsetzung in dem 7 Jahre nach der Anmeldung des Zeichens liegenden Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag - sofern eine nachträgliche Verkehrsdurchsetzung überhaupt beachtlich wäre - es rechtfertigen könnte, eine "klar zu Unrecht erfolgte" Zeicheneintragung aufrechtzuerhalten. Das könne - so führt das Beschwerdegericht fort - jedenfalls dann nicht bejaht werden, wenn die Verkehrsdurchsetzung, wie hier, auch noch 4 Jahre

nach der Eintragung "mit Sicherheit nicht vorgelegen" habe, und ihre Feststellung auch für den gegenwärtigen Zeitpunkt immer noch nicht zweifelsfrei möglich sei. Demgegenüber ist die in der kurzen Begründung der Kostenentscheidung enthaltene Bemerkung des Beschwerdegerichts, die Lage sei "tatsächlich und rechtlich zweifelhaft", ungenau und nicht geeignet, die wiedergegebenen Ausführungen in Frage zu stellen, aus denen sich die volle Überzeugung des Tatrichters ergibt, daß die Verkehrsdurchsetzung jedenfalls im Zeitpunkt der Eintragung (und sogar noch 4 Jahre später) nicht vorgelegen habe.

Die weiteren Rügen betreffen einzelne Punkte der Beweiswürdigung, die - wie der Zusammenhang der Begründung der angefochtenen Entscheidung ergibt - lediglich unterstützend herangezogen worden sind, teils um darzulegen, daß der Grad der Verkehrsdurchsetzung eher noch unter dem angenommenen und bei weitem nicht ausreichenden Maße von 29 v.H. liege, teils um die allgemeine Schwierigkeit hervorzuheben, in der zu beurteilenden Frage ein rechnerisch beziffertes Ergebnis zu begründen. Auf diese Einzelheiten kommt es aber, was die Rechtsbeschwerde durchweg verkennt, nicht entscheidend an. Das Beschwerdegericht hat vielmehr zu Recht einen besonders kritischen Maßstab an die Bewertung der Auskünfte deshalb angelegt, weil nach der Lebenserfahrung anzunehmen war, daß ein großer Teil der Befragten, die das eingetragene Zeichen mit einem bestimmten Hersteller in Verbindung bringen, es gleichwohl als einen Warennamen werten und nicht damit die Vorstollung verbinden, es diene der Kennzeichnung der Herkunft aus einem bestimmten Betriebe. Diese Erfahrungstatsache war im Streitfall noch stärker zu berücksichtigen, als beispielsweise in dem Nährbier-Fall, weil es sich um eine Bezeichnung handelt, die es nicht nur wegen ihrer sprachüblichen Bedeutung in besonders starkem Maße nahelegt, an die Beschaffenheit der

Wäre zu denken, sondern die jahrzehntelang von mehreren Unternehmen, die nicht erkennbar in Beziehungen zueinander standen, tatsächlich als Warenname benutzt worden ist und in der Fachliteratur breiten Eingang gefunden hat. Aus diesem Grunde geht auch die Rüge fehl, das Beschwerdegericht sei verpflichtet gewesen, die Sache durch weitere Befragungen aufzuklären, und es braucht aus dem gleichen Grunde auch nicht auf die weiteren Verfahrensrügen der Rechtsbeschwerde (unter 6a) eingegangen zu werden, die Einzelheiten angreifen, auf die es im Ergebnis nicht ankommt.

3. Das Beschwerdegericht hat ein von der Zeicheninhaberin vorgelegtes, aus dem Jahre 1963 stammendes Gutachten des Instituts für Demoskopie in Allensbach dahin gewürdigt, aus diesem ergebe sich sogar für das Jahr 1963 noch keine Verkehrsdurchsetzung. Bei dieser Umfrage war Gipsern und Stukkateuren die Frage vorgelegt worden: "Darf nach Ihrer Meinung jeder Fabrikant, der in einem Unternehmen einen solchen Metallputzträger herstellt, ihn unter der Bezeichnung Ri [REDACTED] verkaufen, oder darf er das nicht?" Diese Frage soll von etwa 50 v. H. der Befragten verneint worden sein. Das Beschwerdegericht meint dazu, im Jahre 1960 habe der Durchsetzungsgrad nur etwa 30 bis 40 v.H. betragen; in den folgenden Jahren müßte, um eine hinreichende Durchsetzung bejahen zu können, etwa eine Verdoppelung dieser Zahl eingetreten sein; das aber sei auch dem vorgelegten Gutachten nicht zu entnehmen; im übrigen sei die Umfrage nicht repräsentativ, die Frage suggestiv gestellt und die Gefahr gegeben gewesen, daß die Zeicheninhaberin das Ergebnis der Umfrage durch gezielte Aufklärung beeinflusst habe.

Es kommt - wie noch auszuführen ist - an sich nicht auf die Frage an, ob eine Verkehrsdurchsetzung für das Jahr 1963

gegeben ist. Soweit die Rechtsbeschwerde einen Widerspruch zwischen diesen Ausführungen des Beschwerdegerichts und seinen Ausführungen über den Inhalt der Vorstellungen derjenigen Verkehrskreise erblickt, die ein oder mehrere Herstellerunternehmen genannt haben, scheint sie allerdings geltend zu machen, das Gutachten von 1963 hätte insoweit auch bei der Würdigung der früheren, auf den Zeitpunkt der Eintragung abgestellten Umfragen mitberücksichtigt werden müssen. Darin kann ihr jedoch schon deshalb nicht gefolgt werden, weil der im Jahre 1963 etwa gegebene Durchsetzungsgrad nicht ohne weiteres für einen um viele Jahre zurückliegenden Zeitpunkt zugrundegelegt werden könnte, vor dem der Rechtsbeschwerdeführerin noch nicht die Möglichkeit zur Verfügung stand, die Verkehrsdurchsetzung unter dem Schutze des eingetragenen Zeichens zu beeinflussen.

Nach allem hat daher das Beschwerdegericht eine nahezu einhellige Durchsetzung des eingetragenen Zeichens für den Zeitpunkt der Eintragung zu Recht verneint.

IV. Abschließend hat das Beschwerdegericht sodann noch geprüft, ob die Bezeichnung "Ri [REDACTED]" sich wenigstens nachträglich bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über das Löschungsbegehren (1963) als Individualzeichen durchgesetzt hat und ob dies eine Zurückweisung des Löschungsbegehrens rechtfertigen würde.

1. Der angefochtene Beschluß entnimmt der Fassung des § 10 Abs. 2 Nr. 2 WZG, es sei für die Frage, ob die Eintragungsvoraussetzungen gegeben seien, auch im Löschungsverfahren an sich ausschließlich auf den Zeitpunkt der Eintragung abzustellen. Er hält jedoch unter Hinweis auf die Praxis des

Patentamts gewisse Einschränkungen dieses Grundsatzes für geboten; so müsse von einer Löschung unter Umständen dann abgesehen werden, wenn der im Zeitpunkt der Eintragung vorhanden gewesene Lösungsgrund inzwischen fortgefallen sei. In der bisherigen Rechtsprechung sei diese Einschränkung in der Weise begründet worden, daß im Lösungsverfahren nur zu prüfen sei, ob der Prüfungsstelle bei der Entscheidung über die Eintragung des Zeichens ein "offenbarer Fehler" unterlaufen sei. Dieser im vorliegenden Falle auch von der Warenzeichenabteilung zugrundgelegten Ansicht sei allerdings nicht mehr zu folgen. § 4 WZG lasse der Eintragungsbehörde keinen echten Ermessensspielraum, wie er für die Entscheidungen von Verwaltungsbehörden in der Regel gegeben sei; die in ihm verwendeten Begriffe, wie der der Verkehrsdurchsetzung, seien vielmehr als sog. unbestimmte Rechtsbegriffe anzusehen, deren Anwendung auf den einzelnen Fall jeweils nur eine mögliche Entscheidung rechtfertige. Gleichwohl sei die bisherige Praxis im Ergebnis im wesentlichen beizubehalten, wie Schlüter (Mitt.1959, 2 ff) unter Hinweis auf die Lehre vom Widerruf begünstigender Verwaltungsakte begründet habe. Solche Verwaltungsakte seien auch beim Fehlen ihrer materiellen Voraussetzungen dann nicht mehr zurücknehmbar, wenn das Interesse des Begünstigten am Schutz seines Vertrauens auf den Fortbestand des Verwaltungsaktes das öffentliche Interesse an seiner Beseitigung überwiege (BVerwG NJW 1961, 1130). Das patentamtliche Lösungsverfahren sei als ein Anwendungsfall dieser Lehre anzusehen; auch hier sei daher eine Interessenabwägung vorzunehmen. Das öffentliche Interesse an der Löschung des Zeichens überwiege dabei regelmäßig nur dann, wenn die Voraussetzungen der Eintragung auch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Lösungsantrag noch nicht eingetreten seien; eine nachträgliche Erstarkung der Verkehrsdurchsetzung sei daher in aller Regel zu berücksichtigen.

Dabei hält das Beschwerdegericht jedoch wiederum Einschränkungen für geboten: Die nachträgliche Durchsetzung sei nur dann zu berücksichtigen, wenn sie sich innerhalb eines angemessenen Zeitraums seit der Anmeldung klar ergebe und der Zeicheninhaber den ihm zuteil werdenden Schutz der Interessenlage nach auch verdiene. Diese Voraussetzungen für die Berücksichtigung einer erst im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag vorliegenden Verkehrsdurchsetzung hat das Beschwerdegericht im Streitfall verneint. Es hat offen gelassen, ob im vorliegenden Fall einer erst sieben Jahre nach der Zeichenanmeldung unter dem Schutz der formellen Zeicheneintragung errungene Verkehrsgeltung es überhaupt noch rechtfertigen könne, eine klar zu Unrecht erfolgte Zeicheneintragung aufrechtzuerhalten. Dies könne jedenfalls dann nicht mehr geschehen, wenn sie - wie die zweite Handelskammerumfrage ergeben habe - auch noch vier Jahre nach der Eintragung des Zeichens mit Sicherheit nicht vorgelegen habe und ihre Feststellung auch für den gegenwärtigen Zeitpunkt immer noch nicht zweifelsfrei möglich sei. Etwa von Amts wegen erneute Ermittlungen über die Verkehrsdurchsetzung im Zeitpunkt der Löschungsentscheidung anzustellen, hat das Beschwerdegericht ferner deshalb keine Veranlassung gesehen, weil auch die Interessenlage eine Aufrechterhaltung des angegriffenen Zeichens nicht rechtfertige.

2. Den hiergegen gerichteten Angriffen der Rechtsbeschwerde muß im Ergebnis der Erfolg versagt bleiben. Die Rechtsbeschwerde macht sich den rechtlichen Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts zu eigen, meint jedoch, im Streitfall sei der gebotene Vertrauensschutz für die Zeicheninhaberin zu Unrecht versagt worden. Die langjährige, vom Schrifttum gebilligte Spruchpraxis des Patentamts beruhe

auf dem Gedanken, daß der Zeicheninhaber in dem Besitzstande geschützt werden müsse, den er in seinem Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit des ihm nach Prüfung verlichenen Zeichens errungen habe; für die Löschung müsse daher ein überwiegendes öffentliches Interesse gefordert werden. Von einer klar zu Unrecht erfolgten Eintragung könne vielleicht gesprochen werden, wenn bei einer offensichtlichen Beschaffenheitsangabe überhaupt keine Prüfung vorgenommen worden sei; im Streitfall sei dagegen die tatsächliche Würdigung der Prüfungsstelle lediglich durch eine andere Würdigung im Lösungsverfahren ersetzt worden; aus dieser divergierenden Beurteilung desselben Sachverhalts ergebe sich allenfalls eine Zweifelhaf- tigkeit hinsichtlich des Grades der Verkehrsdurchsetzung; dann aber müsse im Zweifel zugunsten des Zeicheninhabers entschieden werden, denn im Lösungsverfahren sei die Ent- zziehung des eingetragenen Rechts nur dann gerechtfertigt, wenn das Nichtvorhandensein der Verkehrsdurchsetzung sowohl für die Zeit der Eintragung als auch für die der Entscheidung über die Löschung erwiesen sei. Wenn aber im Lösungsver- fahren eine vom Eintragungsverfahren abweichende Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung stattfinde, so müsse jedenfalls zu- sätzlich ein konkretes überwiegendes Interesse an der Löschung nachgewiesen sein. Auch daran fehle es hier sowohl hinsicht- lich der Mitbewerber, als auch der Allgemeinheit; diesen stehe eine Reihe anderer Bezeichnungsmöglichkeiten offen.

Auf die von der Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang erhobenen zahlreichen weiteren Angriffe gegen die vom Be- schwerdegericht vorgenommene Interessenabwägung braucht nicht eingegangen zu werden, denn auf sie kommt es nicht an, weil der ihnen zugrundeliegenden Rechtsauffassung der Rechtsbe- schwerde und zum Teil auch der angefochtenen Entscheidung nicht beigetreten werden kann.

3. Richtig ist, daß es sich bei der Anwendung des § 10 Abs. 2 Nr. 2 WZG, soweit die Begriffe der Beschaffenheitsangabe, des Mangels der zeichenrechtlichen Unterscheidungskraft und der Verkehrsdurchsetzung in Betracht kommen, um Rechtsanwendung und nicht um die Handhabung eines Verwaltungsormessens handelt. Zu Recht hat die angefochtene Entscheidung daher die bis dahin in der Praxis des Patentamts vertretene, auch von der Beschlußabteilung zugrunde gelogte Ansicht abgelehnt, es komme für die Entscheidung über das Löschungsbegehren darauf an, ob die Eintragungsbehörde bei Beurteilung der Eintragungsvoraussetzungen einen "offenbaren Fehler" begangen habe. Es entspricht vielmehr grundsätzlich dem Sinn des Gesetzes, und es steht auch mit seiner Fassung in Einklang, die Löschung anzuordnen, wenn erwiesen ist, daß der Eintragung ein absolutes Hindernis entgegengestanden hat, wobei hier zugunsten der Rechtsbeschwerdeführerin dahingestellt bleiben kann, ob auf den Zeitpunkt der den Zeitrang des Zeichens begründenden Anmeldung oder den der Eintragung, oder auf beide Zeitpunkte abzustellen ist.

Anzuerkennen ist allerdings, daß vielfach ein schutzwürdiges Interesse des Zeicheninhabers an der Aufrechterhaltung eines Besitzstandes besteht, den er in begründetem Vertrauen auf den Rechtsbestand des nach Prüfung eingetragenen und seitdem unangefochten benutzten Zeichens geschaffen hat. Bis zu einem gewissen Grade ist aber diesem Bedürfnis bereits dadurch Rechnung getragen, daß für die Löschung der Nachweis zu fordern ist, daß die Eintragungsvoraussetzungen gefehlt haben; dieser Nachweis wird erfahrungsgemäß um so schwieriger zu erbringen sein, je länger der seit der Eintragung verstrichene Zeitraum ist. Darüber hinaus kann der Umstand, daß die beteiligten Verkehrskreise das Bestehen der Eintragung

längere Zeit widerspruchslos hingenommen haben, als Anzeichen dafür zu werten sein, daß das im Rahmen des § 4 Abs. 2 WZG zu berücksichtigende Bedürfnis nach Freihaltung der Bezeichnung für den allgemeinen Gebrauch gering anzuschlagen ist. Dagegen kann, wenn das Fehlen der Eintragungsvoraussetzungen einwandfrei festzustellen ist, nicht zusätzlich der Nachweis gefordert werden, daß ein konkretes überwiegendes öffentliches Interesse die Löschung rechtfertige. Diese aus der Lehre von der Rücknahme gesetzwidriger begünstigender Verwaltungsakte hergeleitete Auffassung berücksichtigt nicht, daß das Gesetz (§ 10 WZG) für den hier in Frage stehenden Verwaltungsakt der Eintragung des Warenzeichens ausdrücklich die Möglichkeit der Löschung vorsieht, wenn bestimmte, vom Gesetz als besonders schwerwiegend erachtete Mängel der Erteilung vorgelegen haben. Einem schutzwürdigen Interesse des Eingetragenen auf Heilung des Mangels kann vielmehr, wie auch die angefochtene Entscheidung an einer Stelle hervorhebt, nur im Rahmen des auch das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben Geltung verschafft werden. Nur in diesem Rahmen kann daher einer nachträglichen Durchsetzung des Zeichens Beachtung geschenkt werden; für sich allein reicht eine solche Durchsetzung jedoch nicht aus, die Löschung als mit Treu und Glauben und insbesondere mit einem angemessenen Vertrauensschutz unvereinbar erscheinen zu lassen.

Auch der Gesichtspunkt des Schutzes des Vertrauens auf die Tatsache der nach Prüfung vorgenommenen Zeicheneintragung rechtfertigt als solcher noch nicht, über den klaren Gesetzesinhalt hinwegzusehen; dem steht vielmehr der Zusammenhang der Vorschriften entgegen, die sich mit der Prüfung und Geltendmachung des hier fraglichen absoluten Eintragungshindernisses befassen. Der Entwurf 1913 hatte die dem jetzigen § 10 Abs. 2

Nr. 2 WZG entsprechende Bestimmung dahin formuliert, daß die Löschung statfinde, wenn "die Eintragung gesetzlich ausgeschlossen war und der Grund der Ausschließung fortbesteht". Diese Fassung ist jedoch nicht Gesetz geworden. Allerdings hat dann die Praxis des Patentamts das Gesetz weitgehend im Sinne der im Entwurf vorgesehen gewesenen Regelung angewandt (vgl. Hagens, Warenzeichengesetz, § 8 Anm. 4 b und 5). Aber das ist mit dem Gebot einer angemessenen Wahrung der schutzwürdigen Interessen Dritter nicht vereinbar. Die Frage, ob ein zur Eintragung in die Rolle angemeldetes Zeichen als lediglich beschreibende Angabe eintragungsunfähig ist und ob es dennoch eintragbar ist, weil es sich im Verkehr als Individualzeichen durchgesetzt hat, ist von der Eintragungsbehörde schon vor Bekanntmachung der Anmeldung, im Eilverfahren (§ 6a WZG) vor der Anordnung der Eintragung von Amts wegen zu prüfen; in diesem Verfahren nimmt die Eintragungsbehörde insoweit die Interessen der Allgemeinheit, auch der Mitbewerber, wahr, und eine unmittelbare Beteiligung dieser Kreise ist hinsichtlich dieser Frage im Rahmen des Eintragungsverfahrens nicht vorgesehen; insbesondere kann ein Widerspruch gegen die Eintragung nicht darauf gestützt werden, es sei ein absolutes Eintragungshindernis gegeben (BGHZ 39, 266, 274 - Sunswet; GRUR 1963, 630, 631 - Polymar). Angesichts dieser Regelung hat es seinen guten Sinn, wenn das Gesetz dem Eintragungsverfahren ein auf Anrohung Dritter einzuleitendes besonderes Verfahren nachgeschaltet hat, in welchem diese geltend machen können, daß ein Eintragungshindernis vorgelegen habe. Diese verfahrensrechtliche Möglichkeit darf nicht unangemessen beschritten werden. Da die für andere Fälle vorgesehene gerichtliche Löschungsklage (§ 11 WZG) nicht auf das Fehlen der hier streitigen Eintragungsvoraussetzung gestützt werden kann und ferner im Verletzungstreit vor den ordentlichen Gerichten die im Eintragungs- und Löschungsverfahren ergangene Entscheidung

über die Frage der Eintragbarkeit als bindend zugrundezulegen ist, gewährt allein das Lösungsverfahren (§ 10 Abs. 2 Nr. 2 WZG) den Mitbewerbern die Möglichkeit, ihr oftmals erhebliches schutzwürdiges Interesse an der Beseitigung der Eintragung und ihre Kenntnis der Benutzungslage sowie des Verkehrsbedürfnisses zur Geltung zu bringen. Schon daraus folgt, daß dem Lösungsbegehren nicht grundsätzlich schon mit dem Einwand des Vertrauens auf den rechtlichen Bestand der Entscheidung über die Eintragung begegnet werden kann. Auch in Verbindung mit dem weiteren Umstand, daß das Zeichen sich nachträglich im Verkehr als Individualzeichen durchgesetzt hat, ist ein solches Vertrauen noch nicht ohne weiteres schutzwürdig. Inso- weit ist vielmehr auch erheblich, ob sich diese Durchsetzung ohne Widerspruch beteiligter Verkehrskreise, oder - wie es die Lösungsantragstellerinnen hier geltend machen - unter dem Druck gerichtlicher, nur auf die Eintragung des Zeichens gestützte Verbote vollzogen hat. Entscheidend ist danach vor allem, ob das Lösungsbegehren bereits in einem Zeitpunkt gestellt worden ist, bis zu dem sich ein schutzwürdiges Ver- trauen des Zeicheninhabers auf einen über die bloße Tatsache der Eintragung hinausgehenden Sachverhalt noch nicht gebildet haben konnte. So aber liegt es im Streitfall; der Grundsatz von Treu und Glauben gestattet es nicht, angesichts eines so kurzen, zwischen Eintragung und Lösungsantrag liegenden Zeitraums, wie er hier gegeben ist, sowie angesichts der übr- igen Umstände (Verkehrsbefragung in ungenügender Breite, Vor- liegen eines eingeführten Warennamens, der seit Jahrzehnten benutzt worden ist) zugunsten des eingetragenen Zeicheninhabers die Entwicklung zu berücksichtigen, die erst seit Zustellung des Lösungsantrages unter Widerspruch der Mitbewerber mög- licherweise eingetreten ist. Dieser Grundsatz gilt hier ebenso wie im Rahmen der Verwirkung von gewerblichen Kennzeichnungs- rechten (BGH GRUR 1963, 478, 480 re. - Bleiarbeiter).

Das Beschwerdegericht hätte daher nicht zu prüfen brauchen, ob die Verkehrsdurchsetzung bis 1963 eingetreten ist; auf die gegen diesen Teil seiner Ausführungen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde braucht deshalb nicht eingegangen zu werden. Entscheidend ist vielmehr im Streitfall allein, daß die Eintragungsvoraussetzungen im Anmeldeverfahren nicht vorgelegen haben.

Ebenso wenig bedarf der Erörterung, welcher Zeitrang einem erst nach der Eintragung durchgesetzten Zeichen im Fall der Aufrechterhaltung zuzubilligen wäre, ob und in welcher Weise der Zeitrang des Rechts in der Zeichenrolle kenntlich zu machen wäre, und wie sich das Rechtsverhältnis gegenüber Dritten gestaltet, die dieselbe oder eine verwechselbare Bezeichnung schon vor dem Durchsetzungszeitpunkt benutzt haben.

V. Schließlich bemängelt die Rechtsbeschwerde noch, die angefochtene Entscheidung habe zu Unrecht außer acht gelassen, daß der Zeicheninhaberin auch Firmen- und Ausstattungsrechte hinsichtlich der fraglichen Bezeichnung zuständen und daß deshalb kein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit oder der Mitbewerber an der Beseitigung der Eintragung in der Zeichenrolle anzuerkennen sei. Sie bezieht sich insoweit auf die Rechtsprechung, nach der diese Rechte im Rahmen der Löschungsklage zu berücksichtigen seien (BGH GRUR 1957, 350 - Raiffeisen-Symbol; RG GRUR 1944, 28 - Siemens). Diese Rechtsprechung kann jedoch auf das in § 10 Abs. 2 Nr. 2 WZG geregelte, von Amts wegen stattfindende Lösungsverfahren nicht angewandt werden, da die Prüfung der firmen- und ausstattungsrechtlichen Gesichtspunkte den Rahmen dieses Verfahrens sprengen würde.

VI. Die Rechtsbeschwerde war hiernach als unbegründet zurückzuweisen. Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens waren der Rechtsbeschwerdeführerin aufzuerlegen (§§ 13 Abs. 5 WZG, 41y PatG).

Krüger-Nieland

Jungbluth

Pehle

Mösl

Alff