



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 250/03

(AktENZEICHEN)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
2. Januar 2006

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 94 788

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 26. September 2005 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortmarke

NF IV

ist für die Waren

"Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke, Dentallegierungen und Dentalkeramiken für die Herstellung von Zahnersatz; Pflaster, Verbandmaterial;

Zahnärztliche Instrumente und Apparate;

Edelmetalle und deren Legierungen sowie daraus hergestellte oder damit plattierte Waren, soweit in Klasse 14 enthalten"

am 11. Juli 2001 unter der Nummer 300 94 788 in das Markenregister eingetragen worden.

Gegen diese Markeneintragung ist Löschungsantrag hinsichtlich aller Waren gem. § 50 Abs. 1 Nr. 3 und 4 MarkenG gestellt worden.

Die Antragstellerin hat im Wesentlichen ausgeführt, die Bezeichnung "NF IV" sei beschreibend und werde im Bereich der goldreduzierten Aufbrennlegierungen verwendet, um Art und Zusammensetzung der Legierung aus bestimmten Edelmetallen zu bezeichnen. Jedenfalls beschreibe "NF IV" aber eine goldreduzierte, kupferfreie und deshalb extraharte Legierung.

Die Bezeichnung sei von der Firma A... entwickelt worden und werde von verschiedenen Herstellern in ihren Legierungsbezeichnungen als beschreibender Bestandteil verwendet.

Der Geschäftsführer der Anmelderin habe aufgrund seiner Tätigkeit bei A... positive Kenntnis von der Verwendung der Bezeichnung "NF IV" gehabt, die Anmeldung sei mit dem Zweck erfolgt, Mitbewerber bei der Verwendung dieser Marke zu behindern.

Die Markenabteilung 3.4 hat den Löschungsantrag als unbegründet zurückgewiesen.

Es bestehe kein Freihaltebedürfnis, da "NF IV" nicht die Beschaffenheit oder ein sonstiges Merkmal von "Dentallegierungen" beschreibe. Der Bestandteil "IV" sei zwar beschreibend, weil er auf eine extraharte Legierung, Typ 4 nach ISO 1562 verweise, dies gelte aber nicht für die Marke in ihrer Gesamtheit.

Es lasse sich nicht nachweisen, dass der Bestandteil "NF" entweder in Alleinstellung, oder im Zusammenhang mit der Typbezeichnung einen Hinweis auf die (bestimmte) Zusammensetzung einer Dentallegierung zulasse, zudem seien für die Buchstabenkombination "NF" als Abkürzung weitere Bedeutungsgehalte nachweisbar. Soweit die Bezeichnung "NF IV" in den Bezeichnungen von Dentalle-

gierungen anderer Anbieter verwendet werde, wiesen die Legierungen teilweise erheblich abweichende stoffliche Zusammensetzungen auf.

Die Marke sei auch unterscheidungskräftig, es habe nicht festgestellt werden können, dass sich für die angesprochenen Verkehrskreise aus der Bezeichnung "NF IV" der Hinweis auf eine goldreduzierte, kupferfreie und deshalb extraharte Legierung ergebe.

Die Marke habe sich auch nicht zu einer Gattungsbezeichnung für o. g. Legierungen entwickelt, da die Bezeichnung für verschiedenste Legierungen mit unterschiedlichem Goldgehalt Verwendung finde. Den von der Antragstellerin vorgelegten Stellungnahmen verschiedener Dentallabors sei nur zu entnehmen, dass der Begriff im Zusammenhang mit Dentallegierungen bekannt sei ohne eine konkrete Beschaffenheitsangabe zu machen. Die Bildung der Legierungsbezeichnungen erfolge nach völlig verschiedenen Gesichtspunkten, so würden teilweise Markennamen mit weiteren teils beschreibenden Bestandteilen kombiniert. Auch die Firma A... verwende die Bezeichnung für unterschiedliche Legierungen unter anderem auch für eine hochgoldhaltige Legierung, so dass der Verkehr keinen eindeutigen Hinweis auf eine bestimmte goldreduzierte Dentallegierung erhalte.

Es könne auch nicht festgestellt werden, dass die Markeninhaberin bei der Anmeldung der Marke bösgläubig gehandelt habe. Die Markeninhaberin habe zudem unwidersprochen vorgetragen, dass sie die Bezeichnung schon lange vor der Anmeldung genutzt habe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin. Sie führt hierzu im Wesentlichen aus, "NF IV" sei eine zur Bezeichnung der Waren üblich gewordene Bezeichnung, die nicht mehr als Kennzeichen verstanden würde, da sie von mehreren Herstellern verwendet würde. Die Firma A... verwende sie für kupferfreie und extraharte Legierungen. Weitere Konkurrenten verwendeten sie für eine kupferfreie, goldreduzierte und extraharte Legierung. Dabei verwende keiner

der Hersteller die Bezeichnung "NF IV" in Alleinstellung, sondern mit weiteren Elementen, damit der Verkehr die Waren zuordnen könne. Dies spreche dafür, dass "NF IV" keine Herkunftsfunktion erfüllen könne. Es bestehe ein Freihaltebedürfnis, da die Bezeichnung bereits lange verwendet würde.

Sie regt die Klärung der Rechtsfrage an, ob die Herkunftsfunktion einer Marke noch gegeben sei, wenn sie bereits von verschiedenen Herstellern verwendet werde.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss der Markenabteilung vom 2. Juni 2003 aufzuheben,
und regt an, die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin verweist auf ein Verletzungsverfahren mit der Antragstellerin. Dort sei festgestellt worden, dass es sich nicht ergeben habe, dass "NF IV" eine Gattungsbezeichnung für bestimmte Dentallegierungen sei.

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

II.

Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin ist in der Sache ohne Erfolg.

Der Löschungsantrag, dem die Antragsgegnerin gemäß § 54 Abs. 3 Satz 2 MarkenG rechtzeitig widersprochen hat, ist zu Recht zurückgewiesen worden, da die angegriffene Marke nicht entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 MarkenG (§ 50 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG) eingetragen worden ist. Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Antragsgegnerin bei der Anmeldung bösgläubig gewesen ist (§ 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG).

1. Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind solche Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr u. a. zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung oder sonstiger Merkmale der Waren und Dienstleistungen dienen können.

Ein schutzhinderndes Freihalteinteresse kann sich daneben auch auf Abkürzungen von Art- oder Beschaffenheitsangaben erstrecken. Schutzunfähig sind jedoch nur Abkürzungen, die im Verkehr als solche gebräuchlich oder aus sich heraus verständlich sind sowie von den beteiligten Verkehrskreisen ohne weiteres der betreffenden Beschaffenheitsangabe gleichgesetzt und insoweit verstanden werden können (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG 7. Aufl. § 8 Rdn. 303).

a) Eine solche Feststellung lässt sich hier für den Zeitpunkt der Eintragung nicht treffen. Ein erstes Indiz für das Bestehen eines Freihaltebedürfnisses kann allgemein die Aufnahme der betreffenden Bezeichnung in Abkürzungsverzeichnissen darstellen. Der Senat hat jedoch keine Anhaltspunkte dafür gefunden, dass die Gesamtbezeichnung "NF IV" als Fachabkürzung in Alleinstellung bereits zum Zeitpunkt der Eintragung gebräuchlich war oder heute noch in Gebrauch ist.

Soweit die Antragstellerin auf Verwendungen der Bezeichnung "NF IV" durch andere Hersteller verweist, geben diese einzelnen Nachweise zum Gebrauch des Bestandteils in Zusammensetzungen keinen sicheren Anhaltspunkt für die Fest-

stellung des Bestehens eines Freihaltebedürfnisses an der Abkürzung "NF IV" in Alleinstellung.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Abkürzungen als bloßen sprachlichen Hilfsmitteln grundsätzlich nicht dieselbe Bedeutung wie der korrekten vollständigen Wiedergabe des betreffenden Fachausdrucks zukommt (vgl. BPatG GRUR 1999, 330, 331 – CT). Außerdem ist auch zu bedenken, dass das angesprochene Publikum wenig geneigt ist, eine analysierende und möglichen beschreibenden Inhalten nachforschende Betrachtungsweise gegenüber Kennzeichen von Waren und Dienstleistungen vorzunehmen, so dass in der Regel nur eindeutige und unmissverständliche Angaben zur Beschreibung geeignet sind und insoweit benötigt werden (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O., § 8 Rdn. 125 m. w. N.).

Die eingetragene Marke setzt sich aus der Buchstabenfolge "NF" und der Zahlenfolge "IV" zusammen.

Wie von der Markenabteilung bereits zutreffend festgestellt wurde, steht zwar die Zahlenfolge "IV" für einen bestimmten Härtegrad bei Dentallegierungen, der Abkürzung "NF" hingegen kann keine für den hier einschlägigen Warenbereich allgemein gebräuchliche und eindeutige Bedeutung und damit auch keine konkret beschreibende Sachangabe zugeordnet werden. Insoweit bezieht sich der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die von der Markenabteilung ausgeführte Begründung.

So wird der Gesamtbegriff "NF IV" im Bereich der Dentallegierungen zwar verwendet, jedoch nicht für eine einheitliche Mengen- oder Anteilsangabe der enthaltenen Metalle. Die Internetrecherche hat ergeben, dass es ca. 1000 Dentallegierungen gibt, für die die zahlreichen Hersteller und Händler verschiedene Bezeichnungsgewohnheiten entwickelt haben. So werden die Herstellernamen mit unterschiedlichen Wort-, Buchstaben- und/oder Zahlenkombinationen kombiniert, ohne dass sich eine einheitliche Bezeichnungspraxis feststellen lässt, in die sich die angemeldete Bezeichnung "NF IV" einreihen ließe.

Damit ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Buchstabenfolge "NF IV" in Alleinstellung im hier einschlägigen Warenbereich eine feste und einheitlich zugeordnete Bedeutung hatte und hat.

Es ist nämlich auch zu berücksichtigen, dass bei Abkürzungen das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nur dort einschlägig ist, wo eine allgemeine Übung des Verkehrs besteht, Wareneigenschaften durch die Aneinanderreihung von Buchstaben und Zahlen, etwa durch eine Kurzbezeichnung des verwendeten Werkstoffes entsprechend den chemischen Bezeichnungen, zu kennzeichnen (vgl. BPatGE 41, 108, 110 – K 50). Denn ebenso wie sich bei Wörtern das Freihaltebedürfnis nur auf die Sachangaben als solche und nicht auf deren Abwandlungen oder individuell geschaffene Abkürzungen bezieht, sind z. B. auch herstellerspezifische Abkürzungen oder betriebsinterne Codes nicht Freihaltebedürftig. Derartige aus Buchstaben- und/oder Zahlenkombinationen gebildete Zeichen sind nämlich in der Regel nach dem Gutdünken der Hersteller und oft willkürlich nach betriebsinternen Kriterien gebildet. Es ist häufig nicht erkennbar, ob und welcher Sinngehalt in diesen Bezeichnungen enthalten ist, so dass sie sich dem unbefangenen Betrachter nicht ohne weiteres erschließen. Das schließt aber eine markenmäßige Verwendung solcher Buchstaben- und Zahlenkombinationen ebenso wenig aus wie eine Eignung als betriebliches Unterscheidungsmittel, sofern es sich nicht um gebräuchliche Abkürzungen mit beschreibendem Inhalt handelt oder der Verkehr ihnen einen aus sich selbst heraus verständlichen beschreibenden Begriffsinhalt zuordnet (vgl. BPatG 30 W (pat) 10/01, PAVIS-PROMA CD-ROM, Knoll).

Eine allgemein verständliche Bedeutung kann der vorliegenden Marke hingegen nicht entnommen werden, da sowohl sämtliche vorgelegten Unterlagen als auch die Ermittlungen der Markenabteilung des Deutschen Patent- und Markenamtes nicht aufzeigen, dass die angegriffene Bezeichnung als allgemein übliche Fachangabe in Herstellerkreisen für einen bestimmten Typ von Dentallegierungen Verwendung findet, sondern nur, dass es als herstellerspezifisches und betriebsinter-

nes Bestellzeichen entweder für die Waren der Markeninhaberin oder von Mitbewerbern verwendet wird, etwa um damit auf eine bestimmte herstellerinterne Serie hinzuweisen. Ein Freihaltebedürfnis wäre in diesem Zusammenhang nur dann anzunehmen, wenn eine Kombination aus Buchstaben und/oder Zahlen vorläge, die eine aus sich selbst heraus verständliche Sachaussage vermittelt, wovon hier aber nicht ausgegangen werden kann, wenn die fragliche Bezeichnung nicht allgemein beschreibend gebraucht wird.

Die von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen beziehen sich zudem auf Bezeichnungen, die als Kombinationen aus Herstellername sowie den Bestandteilen "NF" und "IV" gebildet sind. Diese Unterlagen sind daher ersichtlich nicht geeignet, eine gegen die Schutzfähigkeit der hier verfahrensgegenständlichen Marke "NF IV" sprechende Gebräuchlichkeit dieser Bezeichnung als eine in Fachkreisen übliche Abkürzung für eine bestimmte Dentallegierung zu belegen.

Für die übrigen vom Löschungsantrag ebenfalls umfassten Waren der angegriffenen Marke hat die Antragstellerin nichts zusätzlich vorgetragen, das eine andere Beurteilung ergeben würde.

Somit kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass es sich bei der Bezeichnung "NF IV" im Zeitpunkt der Eintragung um eine verständliche und insoweit Freihaltebedürftige Abkürzung für eine beschreibende Angabe handelte.

b) Unter diesen Umständen kommt eine Löschung des angegriffenen Zeichens auch nicht mangels Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG in Betracht. Unterscheidungskraft in diesem Sinne ist die einem Zeichen inwohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Anmeldung erfassten Waren (oder Dienstleistungen) eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Nicht unterscheidungskräftig sind danach Bezeichnungen, bei denen es sich um warenbeschreibende Angaben oder gebräuchliche Wörter der deutschen oder einer bekannten

Fremdsprache handelt, die vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solche und nicht als betriebliches Unterscheidungskennzeichen verstanden werden (vgl. BGH BIPMZ 2000, 332, 333 "LOGO" m. w. N.).

Insbesondere konnten keine Ähnlichkeiten oder strukturelle Gemeinsamkeiten festgestellt werden mit Bezeichnungssystemen, die sich etwa den aus DIN-Normen oder vergleichbaren im einschlägigen Warenbereich einheitlich geltenden oder vereinbarten Regelungen für Dentallegierungen entnehmen lassen.

Also auch dann, wenn für die konkrete Buchstaben/Zahlenkombination keine beschreibende Bedeutung belegt werden kann, mangelt es dem Zeichen an Unterscheidungskraft nur dann, wenn sich das Zeichen zwanglos in eine bereits existierende, beschreibend verwendete Bezeichnungsreihe einordnen lässt (vgl. 30 W (pat) 16/04 "B3-alloy").

Der angegriffenen Bezeichnung "NF IV" kann – wie dargelegt – in dieser Zusammensetzung kein für die fraglichen Waren im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsgehalt zugeordnet werden.

Dabei kann entgegen der Ansicht der Antragstellerin der Umstand, dass der Bestandteil "NF IV" teilweise auch von anderen Herstellern – in verschiedenen Zusammensetzungen - benutzt wird, der Schutzfähigkeit nicht entgegenstehen. Zum einen liegen zum Teil wie schon im Verletzungsverfahren festgestellt, lizenzvertragliche Vereinbarungen zugrunde.

Zum anderen steht der Gesichtspunkt, dass Buchstaben, Zahlen und deren Kombination vielfach als Typen-, Serien- oder Modellbezeichnungen verwendet werden, einer Eignung eines Buchstabens als Herkunftskennzeichen nur dann entgegen, wenn gerade auch dieser Buchstabe in einer solchen Verwendung (allgemein) belegt werden kann (vgl. BGH BIPMZ 2001, 56, 57 "Buchstabe K"). Die generelle Eignung selbst von Buchstaben in Alleinstellung als betriebliches Unterscheidungsmerkmal sieht der Bundesgerichtshof als durch den Gesetzgeber "an-

geordnet". Für die hier vorliegende Buchstaben- und Zahlenkombination kann sie – mangels Feststellungen zu deren beschreibender Funktion – jedenfalls nicht in Abrede gestellt werden.

c) Auch für ein Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ergeben sich keine Anhaltspunkte. Die angegriffene Marke besteht nicht nur aus Angaben, die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten zur Bezeichnung der konkret beanspruchten Waren üblich sind (vgl. EuGH GRUR 2001, 1148 - Bravo). Dabei sind neben beschreibenden Angaben sowie allgemeinen Werbeschlagworten, Qualitätshinweisen oder Kaufaufforderungen alle Zeichen und Angaben von der Eintragung ausgeschlossen, die zur Bezeichnung der Waren üblich (geworden) sind.

Für die darunter fallenden Gattungsbezeichnungen ist allerdings erforderlich, dass nahezu alle beteiligten Verkehrskreise in der fraglichen Angabe nur noch einen Hinweis auf die beanspruchten Waren sehen (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 8 Rdn. 439). Vorliegend ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die hier als beteiligte Verkehrskreise anzusehenden Dentallabors, Zahnärzte und Patienten als Endabnehmer in der Bezeichnung "NF IV" zum Eintragungszeitpunkt einen Hinweis auf eine Dentallegierung bzw. die übrigen von der Antragstellerin beanspruchten Waren sehen.

Es ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die angegriffene Marke unabhängig von einer beschreibenden Angabe als sonstige übliche Bezeichnung der beanspruchten Waren zum Eintragungszeitpunkt bei den beteiligten Verkehrskreisen in Gebrauch ist (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 8 Rdn. 441).

Für die Klärung einer Rechtsfrage in diesem Zusammenhang im Wege der Rechtsbeschwerde bestand daher keine Veranlassung.

2. Die Löschung der streitgegenständlichen Marke wegen Nichtigkeit gem. § 8 Abs. 2 Nr. 10 (früher § 50 Abs. 1 Nr. 4) MarkenG kommt im vorliegenden Fall ebenfalls nicht in Betracht.

Nach Auffassung des Senats gibt es keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Anmeldung bösgläubig i. S. d. § 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG gewesen ist.

a) Von der Bösgläubigkeit eines Anmelders ist jedenfalls dann auszugehen, wenn die Anmeldung rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig erfolgt ist. Damit knüpft die Bestimmung an die Rechtsprechung zum außerkennzeichenrechtlichen Lösungsanspruch aus § 1 UWG oder § 826 BGB unter Geltung des Warenzeichengesetzes an. Zur Beurteilung der Bösgläubigkeit des Anmelders nach § 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG sind daher die insoweit entwickelten Grundsätze weiter heranzuziehen (vgl. BGH GRUR 2004, 510, 511 "S 100" m. w. N.).

Nach den genannten Grundsätzen handelt der Anmelder einer Marke nicht schon deshalb unlauter und ist daher nicht schon deswegen als bösgläubig im Sinne von § 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG anzusehen, weil er weiß, dass ein anderer dasselbe oder ein ähnliches Kennzeichen im Inland für gleiche oder ähnliche Waren benutzt, ohne hierfür einen formalen Kennzeichenschutz erworben zu haben; ein Vorbenutzungsrecht in diesem Sinne ist dem Markenrecht fremd (BGH GRUR 2000, 1032, 1034 "EQUI 2000"; GRUR 1998, 1034, 1036 "Makalu"; GRUR 1998, 412, 414 "Analgin" m. w. N.). Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn auf Seiten des Markeninhabers besondere Umstände vorliegen, welche die Erwirkung der Markeneintragung als wettbewerbswidrig erscheinen lassen (vgl. BGH GRUR 2005, 582 "The colour of Elégance").

In der Rechtsprechung werden insoweit im Wesentlichen zwei Fallgruppen unterschieden. Ein sittenwidriger Markenerwerb kann zum einen darin liegen, dass der Markeninhaber in Kenntnis eines schutzwürdigen Besitzstandes des Vorbenutzers ohne zureichenden sachlichen Grund die gleiche oder eine verwechselbar ähnliche Bezeichnung für gleiche oder ähnliche Waren (oder Dienstleistungen) mit dem Ziel der Störung des Besitzstandes des Vorbenutzers oder in der Absicht, für

diesen den Gebrauch der Bezeichnung zu sperren, als Marke hat eintragen lassen.

Zum anderen kann das wettbewerbsrechtlich Verwerfliche auch darin gesehen werden, dass ein Markenanmelder die mit der Eintragung der Marke entstehende und wettbewerbsrechtlich an sich unbedenkliche Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes einsetzt (vgl. BGH a. a. O. "EQUI 2000"; a. a. O. "Makalu"). In diesem Fall hängt die rechtliche Bewertung des Handelns des Markeninhabers als sittenwidrig nicht von der Feststellung eines schutzwürdigen Besitzstandes des Vorbenutzers ab (vgl. BGH GRUR a. a. O. "Analgin" m. w. N.).

b) Der Senat konnte schon keine Feststellungen dahingehend treffen, dass die Antragstellerin im maßgeblichen Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke einen sowohl in tatsächlicher Hinsicht ausreichenden wirtschaftlich wertvollen wie in rechtlicher Hinsicht schutzwürdigen Besitzstand an der Kennzeichnung "NF IV" erworben hätte.

Für die Annahme eines wertvollen und schutzwürdigen Besitzstandes ist in tatsächlicher Hinsicht eine hinreichende Bekanntheit der Kennzeichnung erforderlich, wobei es neben den objektiven Feststellungen hinsichtlich des Umfangs und der Dauer der Verwendung auch darauf ankommen kann, welche Bedeutung die Kennzeichnung bei der konkreten geschäftlichen Betätigung des Vorbenutzers erlangt hat (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 50 Rdn. 17). Insoweit sind Umsatzzahlen, Dauer der Benutzung, Werbeaufwendungen, eine erreichte Marktposition, bestehende Konkurrenzverhältnisse und damit Absatzchancen und Gewinnerwartungen auf dem jeweiligen Markt maßgeblich, ohne dass es auf die absoluten Stückzahlen verkaufter Produkte ankäme (vgl. BGH Mitt. 2004, 315 "P21S").

Die Antragstellerin konnte aber weder wesentliche Umsätze und damit einen deutlichen Marktanteil nachweisen noch vertreibt sie ein spezielles Produkt für einen beschränkten Abnehmerkreis (vgl. BGH a. a. O. "S 100", "P21S").

Die von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zusätzlich vorgebrachten Umsatzzahlen belegen zum einen nicht eine Benutzung der Bezeichnung "NF IV" in Alleinstellung, sondern beziehen sich auf Produktbezeichnungen, die sich aus der Bezeichnung "NF IV" und weiteren Bestandteilen zusammensetzen. Zum anderen belegen diese Umsätze nach ihrer Höhe – für "DD NF IV" 70 000, für "HG plus NF IV" 5 200, für "Bio-EVO NF IV" 114 000 Euro für den Zeitraum 2001 bis 2002 – auch im Vergleich zu den für 2000 genannten Umsatzzahlen in Höhe von 37 500 Euro immer noch einen eher geringen Umfang. Bei den angegebenen Zahlen zu den Umsätzen entfällt zudem neben den Faktoren Arbeitsleistung und andere Materialien auf den Anteil Dentallegierungen pro Patient lediglich ein geringer Prozentsatz.

Dem Vortrag hinsichtlich des wirtschaftlich wertvollen Besitzstandes zum Zeitpunkt der Anmeldung im Jahre 2001 fehlen damit die erforderlichen Belege. Insoweit trifft aber die Antragstellerin im Lösungsverfahren eine besondere Mitwirkungspflicht während das in den §§ 59, 73 MarkenG verankerte Amtsermittlungsprinzip eingeschränkt ist (vgl. BPatG GRUR 1997, 833, 835 digital; Ströbele/Hacker a. a. O. § 54 Rdn. 28, § 73 Rdn. 16, 18).

c) Es ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin bei der Anmeldung die Absicht hatte, die mit der Eintragung des Zeichens "NF IV" kraft Zeichenrechts entstehende und wettbewerbsrechtlich an sich unbedenkliche Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes gegenüber der Antragstellerin einzusetzen.

Dieser Tatbestand erfordert neben einer objektiven Eignung des Zeichens, eine Sperrwirkung zu entfalten und als Mittel des Wettbewerbskampfes eingesetzt zu werden, eine entsprechende Absicht des Anmeldenden. An einer wettbewerbswidrigen Behinderungsabsicht fehlt es aber insbesondere dann, wenn die Förderung des eigenen Wettbewerbs im Vordergrund steht (vgl. BGH a. a. O. "The colour of Elégance").

Zum einen ist vorliegend eine Verwendung der Bezeichnung "NF IV" in Alleinstellung weder für die Antragstellerin noch für andere Wettbewerber belegt. Zum anderen ist der Vortrag der Antragsgegnerin nachvollziehbar, sie habe die von ihr verwendete und ursprünglich schutzunfähige Buchstaben/Zahlenkombination dann - im Interesse des Schutzes einer eigenen Bezeichnung – für sich angemeldet, als sich die Rechtslage entsprechend geändert habe. Die Antragstellerin kann sich insoweit nicht auf die Entscheidung BGH "Analgin" a. a. O. berufen, da es demgegenüber im hier vorliegenden Fall gerade nicht an einem sachlichen Grund für die Markenmeldung der Antragsgegnerin mangelt, so dass eine Absicht zur Verwendung der angemeldeten Bezeichnung als Sperrmarke nicht angenommen werden kann.

Auch der Hinweis der Antragstellerin darauf, dass die Antragsgegnerin sie nach Eintragung der Marke abgemahnt habe, vermag eine derartige Absicht und damit Böswilligkeit nicht zu begründen. Dafür reicht die bloße Geltendmachung der aus der Eintragung stammenden Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche insbesondere nach den §§ 14, 15 MarkenG nicht aus. Hiergegen spricht nicht zuletzt auch die Tatsache, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin nicht nur abgemahnt, sondern ihre Rechte aus der Marke in der Folgezeit auch erfolgreich mittels einer Unterlassungsklage und dem hieran anschließenden Urteil des Landgerichts Hamburg vom 3. September 2001 gegenüber der Antragstellerin verfolgt hat; da eine solche Gerichtsentscheidung eine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage voraussetzt und die Antragstellerin hierbei ausreichend Gelegenheit hatte, ihre Einwendungen gegenüber den Ansprüchen der Antragsgegnerin vorzutragen, ist es eher unwahrscheinlich, dass die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin markenrechtliche Ansprüche ohne berechtigtes Interesse geltend gemacht hatte.

Andere Schutzhindernisse, die einer Eintragung des Zeichens "NF IV" für Dentallegierungen entgegengestanden hätten, sind nicht ersichtlich.

Das von der Antragstellerin benutzte Kennzeichen "NF IV" war somit am Tag der Anmeldung der angegriffenen Marke schutzfähig.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlass § 71 Abs. 1 MarkenG.

gez.

Unterschriften