

# BUNDESPATENTGERICHT

## Leitsatz

---

<b>Aktenzeichen:</b>	32 W (pat) 39/03
<b>Entscheidungsdatum:</b>	17.05.2006
<b>Rechtsbeschwerde zugelassen:</b>	ja
<b>Normen:</b>	MarkenG § 3 Abs. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3

---

„Kinder (schwarz-rot)“

1. Zur rechtlichen Einordnung des Benutzungswillens.
2. Zur objektiven Beweislast im Lösungsverfahren bei fehlerhafter Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung im Eintragungsverfahren.
3. Bei der Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung durch demoskopische Erhebungen sind auch diejenigen Teile des Verkehrs zugunsten des Anmelders bzw. Markeninhabers zu werten, die die fragliche Bezeichnung zwar einem bestimmten Unternehmen zuordnen, den Anmelder/Markeninhaber aber weder unmittelbar noch mittelbar (d.h. über andere Marken des Anmelders/Markeninhabers) benennen können. Nicht zuzurechnen sind ihm diejenigen Teile des Verkehrs, die positiv ein anderes Unternehmen benennen.
4. Zur Feststellung des gesicherten Zuordnungsgrades sind die demoskopisch ermittelten Zuordnungsgrade in Abhängigkeit von der Höhe dieses Zuordnungsgrades sowie der Anzahl der befragten Personen um die insoweit auftretenden Fehlertoleranzen nach unten zu korrigieren.



# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 39/03

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
17. Mai 2006

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

**betreffend die Marke 1 180 071**  
**(hier: Lösungsverfahren S 220/00)**

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts unter Mitwirkung ...

auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 2006

beschlossen:

- I. Die Beschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
- II. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

**Gründe**

**I.**

Für die Antragsgegnerin ist im Register unter der Nummer 1 180 071 die Darstellung



als durchgesetztes Zeichen für die Ware

„Schokolade“

eingetragen. Die Antragsgegnerin geht - u. a. - aus dieser Marke vor den Verletzungsgerichten gegen eine jüngere Wortmarke „Kinder Kram“ der Antragstellerin vor. In diesem Rechtsstreit hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 28. August 2003 (GRUR 2003, 1040 - Kinder) ein vorangegangenes Berufungsurteil des Oberlandesgerichts Köln, welches zugunsten der Antragsgegnerin ergangen war, aufgehoben und die Sache dorthin zurückverwiesen. Unter dem 22. Dezember 2004 hat das Oberlandesgericht Köln ein zweites, nunmehr klageabweisendes Berufungsurteil erlassen, das die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 24. Januar 2005 auch in das vorliegende Verfahren eingeführt hat. Dieses Urteil ist abermals mit der Revision angefochten, über die noch nicht entschieden ist.

Die Marke 1 180 071 ist von der Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin am 21. Oktober 1986 als durchgesetztes Zeichen angemeldet worden. Zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung hat sie ein demoskopisches Umfragegutachten der GfK Marktforschung vom Oktober 1986 vorgelegt (Amtsakte [AA] Bl. 7 ff.). Von der damaligen Prüfungsstelle für Klasse 30 Wz des Deutschen Patentamts ist zunächst unter dem 11. Dezember 1986 die Bekanntmachung der Anmeldung verfügt worden (AA Bl. 21). Im Zusammenhang mit einem von dritter Seite eingelegten (später zurückgenommenen) Widerspruch hat die Prüfungsstelle jedoch mit Bescheid vom 13. Januar 1988 (AA Bl. 66) das Prüfungsverfahren wieder aufgenommen. Mit weiterem Bescheid vom 15. September 1988 wurde die Anmelderin aufgefordert darzulegen, seit wann, für welche Waren und in welchem Umfang das angemeldete Zeichen benutzt und beworben worden ist (AA Bl. 77 ff.). Daraufhin hat die Anmelderin u. a. ein weiteres demoskopisches Gutachten der GfK Marktforschung vom Juli 1988 vorgelegt (AA Bl. 82 ff.) sowie eine eidesstattliche Versicherung vom 14. Dezember 1988 eingereicht (AA Bl. 118 f.). Ihre weiterhin bestehenden Bedenken (Bescheid vom 3. Januar 1990, AA Bl. 165/166) hat die Prüfungsstelle schließlich aufgegeben (Aktenvermerk vom 20. Juni 1991, AA Bl. 180) und die Eintragung des Zeichens verfügt, die am 12. August 1991 vorgenommen worden ist.

Mit ihrem am 6. September 2000 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Löschungsantrag macht die Antragstellerin geltend, dass die Marke 1 180 071 entgegen den §§ 3 und 8 MarkenG eingetragen worden sei; darüber hinaus habe die Anmelderin bei der Anmeldung bösgläubig gehandelt (§ 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG a. F.). Das Wort „kinder“ sei als Bestandteil des deutschen Grundwortschatzes nicht geeignet, die betriebliche Herkunft eines Produkts zu kennzeichnen, und daher nicht markenfähig. Die Markenfähigkeit der angegriffenen Marke sei auch deswegen zu verneinen, weil die Antragsgegnerin zu keinem Zeitpunkt den Willen gehabt habe, die Marke zu benutzen. Eine Benutzung sei stets nur in Kombination mit weiteren Bestandteilen erfolgt. Alleiniges Ziel der Markeninhaberin sei es gewesen (und sei es immer noch), mit der Streitmarke gegen Kennzeichen anderer Unternehmen vorzugehen, die den Bestandteil „Kinder“ enthielten. Hieraus ergebe sich zugleich, dass die Markeninhaberin die angegriffene Marke lediglich zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes einsetze, so dass auch der Löschungsgrund der Bösgläubigkeit gegeben sei. Schließlich verstoße die Eintragung auch gegen § 8 MarkenG. Die angegriffene Marke sei von Hause aus wegen fehlender Unterscheidungskraft und als beschreibende Angabe schutzunfähig. Eine Eintragung im Wege der Verkehrsdurchsetzung sei schon wegen der fehlenden Markenfähigkeit nicht möglich gewesen. Darüber hinaus hätte eine Eintragung auch aus den zutreffenden Gründen der Beanstandungsbescheide vom 15. September 1988 und vom 3. Januar 1990 nicht vorgenommen werden dürfen. Die Fragestellung in den Untersuchungen vom Oktober 1986 und vom Juli 1988 sei suggestiv gewesen und habe auch nicht die erforderliche nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung ergeben. Dass die Prüfungsstelle ihre Bedenken später aufgegeben habe, sei nicht nachvollziehbar.

Die Markeninhaberin hat dem ihr am 25. November 2000 zugestellten Löschungsantrag rechtzeitig widersprochen und ist dem Vorbringen der Antragstellerin umfassend entgegengetreten. Sie hat insbesondere die Auffassung vertreten, dass es Sache der Antragstellerin sei, den Nachweis zu führen, dass die angegriffene Marke im Zeitpunkt der Eintragung nicht die von der Prüfungsstelle für erforderlich

erachtete Verkehrsdurchsetzung aufgewiesen habe. Dieser Nachweis sei nicht erbracht und könne in Anbetracht des Zeitablaufs auch nicht mehr erbracht werden. Im Übrigen ergäben sowohl die im Eintragungsverfahren eingereichten Gutachten als auch eine weitere Untersuchung der GfK Marktforschung vom April 1988 (Anlage CCP 3 = Löschungsakte [LA] Bl. S. 51 ff.) eine hinreichende Durchsetzung. Schließlich sei die Löschung auch deswegen ausgeschlossen, weil die Streitmarke nach wie vor durchgesetzt sei. Die Markeninhaberin hat hierzu auf weitere GfK-Gutachten vom September 1992 (Anlage CCP 4 = LA Bl. S. 67 ff.), vom September 1996 (Anlage CCP 5 = LA Bl. S. 79 ff.), vom April 1997 (Anlage CCP 6 = LA Bl. S. 93 ff.), vom Oktober 2000 (Anlage CCP 7 = LA Bl. S. 110 ff.) sowie vom Februar 2001 (Anlage CCP 8 = LA Bl. S. 128 ff.) verwiesen.

Mit Beschluss vom 21. Oktober 2002 hat die Markenabteilung 3.4. des Deutschen Patent- und Markenamts den Löschantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, an der abstrakten Unterscheidungseignung des Wortes „Kinder“ sei nicht zu zweifeln. Es könne auch nicht festgestellt werden, dass der Markeninhaberin bei der Anmeldung der Marke der gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG (§ 1 WZG) vorausgesetzte Benutzungswille gefehlt habe, so dass auch eine Bösgläubigkeit der Markeninhaberin bei der Anmeldung ausscheide. Eine Eintragung der Marke aufgrund von Verkehrsdurchsetzung sei auch sonst nicht grundsätzlich ausgeschlossen gewesen. Dass die angegriffene Marke offensichtlich nicht in Alleinstellung, sondern nur als Bestandteil von verschiedenen Gesamtbezeichnungen benutzt worden sei, stehe einer Verkehrsdurchsetzung nicht von vornherein entgegen. Auch ein schutzunfähiger Bestandteil einer zusammengesetzten Bezeichnung könne sich, soweit er eine gewisse Selbständigkeit aufweise, in den beteiligten Verkehrskreisen als produktidentifizierendes Unterscheidungszeichen derart durchsetzen, dass der Zeichenbestandteil im Verkehr auch in Alleinstellung die Identifizierungsfunktion als Marke verwirkliche. Dies habe für die Bezeichnung „Kinder“ bereits vor der Anmeldung zugetragen, da diese unstreitig viele Jahre von der Markeninhaberin innerhalb einer Markenserie benutzt worden und dabei durch die besondere graphische und farbliche Gestaltung von den übrigen, zum Teil glatt

beschreibenden Angaben wie etwa „Schokolade“ oder „Riegel“ deutlich abgesetzt worden sei. Die GfK-Untersuchungen aus den Jahren 1986 und 1988 seien allerdings insoweit mangelhaft gewesen, als der Zuordnungsgrad nicht exakt festgestellt worden sei. Dies führe indessen nicht zur Löschung der Marke. Erforderlich sei nämlich der Nachweis, dass zum Zeitpunkt der Eintragung eine Verkehrsdurchsetzung nicht vorgelegen habe. Dieser Nachweis sei nicht erbracht und erscheine zwischenzeitlich auch ausgeschlossen, zumal auch die später durchgeführten GfK-Umfragen nahelegten, dass der hier als hinreichend anzusehende Durchsetzungsgrad von etwa 60 % schon damals vorgelegen habe.

Gegen diese Beurteilung richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin. Unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen im Amtsverfahren macht sie insbesondere geltend, dass der von der Markenabteilung für erforderlich gehaltene Durchsetzungsgrad auch nicht annähernd erreicht gewesen sei. Wie nämlich der Bundesgerichtshof in seinem Revisionsurteil vom 28. August 2003 ausgeführt habe (GRUR 2003, 1040, 1043 - Kinder), sei der dort aus der Umfrage vom April 1997 (hier vorgelegt als Anlage CCP 6 = LA BI. S. 93 ff. sowie nochmals als Anlage GL 5 = GA BI. 185 ff.) ermittelte allgemeine Zuordnungsgrad von 71,6 % (a. a. O. Tabelle 30, 2. Spalte oben) auf 48,5 % (a. a. O. Tabelle 40, linke Spalte unten) zu kürzen. Der konkrete Zuordnungsgrad, d. h. der Grad, in dem das Zeichen gerade der Antragstellerin zugeordnet werde, sei somit generell auf 76,5 % des in den Umfragen jeweils ausgewiesenen (allgemeinen) Zuordnungsgrades zu kürzen. Somit habe der konkrete Zuordnungsgrad im Januar 1988 statt 61 % nur 46,66 %, im Juni 1990 statt 67,6 % nur 51,71 % und im September 1992 statt 69,2 % nur 52,93 % betragen. Diese Werte seien noch einmal herabzusetzen, weil verschiedene Produkte der Antragsgegnerin, die im Referenzjahr 1997 mit zur Erreichung des dortigen Durchsetzungsgrades beigetragen hätten, im Zeitpunkt der Eintragung der angegriffenen Marke in wesentlich geringerem Umfang vertrieben worden oder noch gar nicht auf dem Markt gewesen seien. Außerdem sei im Anschluss an das zweite Berufungsurteil des Oberlandesgerichts Köln vom 22. Dezember 2004 zu berücksichtigen, dass womöglich etliche der Befragten, die

bei der konkreten Zuordnung die Bezeichnung „Kinderschokolade“ angegeben hätten, nicht die entsprechende Marke der Antragsgegnerin, sondern allgemein „Schokolade für Kinder“ gemeint hätten. Bezogen auf den Zeitpunkt Oktober 2000 habe daher nach den Ausführungen des Oberlandesgerichts Köln nur ein gesicherter Zuordnungsgrad von 24,9 % vorgelegen. Hiervon ausgehend müsse der konkrete Zuordnungsgrad im Eintragungszeitpunkt der angegriffenen Marke unter 35 % gelegen haben.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den angefochtenen Beschluss der Markenabteilung 3.4. aufzuheben und die Löschung der Marke 1 180 071 anzuordnen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Nach ihrer Auffassung geht das Vorbringen der Antragstellerin schon deswegen im Wesentlichen fehl, weil das vom Bundesgerichtshof in seinem „Kinder“-Urteil analysierte GfK-Gutachten vom April 1997 ebenso wie die weiteren von der Antragstellerin herangezogenen Gutachten nicht die hier streitgegenständliche Marke betreffen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst hierzu eingereichten Anlagen Bezug genommen. Auf den Antrag der Markeninhaberin (Schriftsatz vom 1. September 2005, Bl. 7 = GA Bl. 228) hat der Senat die Akten der Widerspruchsverfahren 32 W (pat) 406/02 und 32 W (pat) 5/03 nebst Anlagen beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Erörtert wurden insbesondere die dort als Anlagen BB 32 und BB 35 eingereichten GfK-Erhebungen vom Februar 2001 und vom Januar 2004.

## II.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, in der Sache aber nicht begründet. Die Streitmarke 1 180 071 ist am 12. August 1991 zur Eintragung gelangt. Der Löschungsantrag ist am 5. September 2000 gestellt worden. Nach § 162 Abs. 2 Satz 2 MarkenG kann er nur Erfolg haben, wenn die angegriffene Marke sowohl nach den seinerzeit geltenden Vorschriften des WZG als auch nach den Bestimmungen des MarkenG schutzunfähig ist. Das ist nicht der Fall.

1. Nach Auffassung der Antragstellerin hätte die angegriffene Marke schon wegen fehlender Markenfähigkeit nicht eingetragen werden dürfen, da der Begriff „kinder“ zum Grundwortschatz der deutschen Sprache gehöre und nicht geeignet sei, als Name eines Produkts über dessen Herkunft Auskunft zu geben.

Mit diesem Vorbringen kann die Antragstellerin schon deswegen nicht durchdringen, weil es vorliegend nicht um das Wortzeichen „kinder“ geht, sondern um eine besondere graphische und farbliche Ausgestaltung dieses Zeichens. Im Übrigen gibt allein der Umstand, dass ein bestimmtes Wort zum Grundwortschatz der deutschen Sprache gehört, noch keinen Anlass, an der Markenfähigkeit zu zweifeln. Vielmehr müsste dazu festgestellt werden können, dass das betreffende Wort schlechthin ungeeignet ist, irgendwelche Waren oder Dienstleistungen im Wettbewerb ihrer Herkunft nach zu individualisieren, so dass auch eine Verkehrsdurchsetzung von vornherein ausgeschlossen erscheint (vgl. BPatG GRUR 1998, 572, 573 - Zahl 9000). Dies ist hier offensichtlich nicht der Fall. Bei dieser Sachlage kann dahinstehen, ob die abstrakte Unterscheidungseignung bereits unter dem früheren Recht ein Kriterium der Zeichenfähigkeit im Sinne von § 1 WZG war.

2. Die Antragstellerin stützt ihr Löschungsbegehren des weiteren auf einen fehlenden Benutzungswillen der Markeninhaberin. Diese habe die angegriffene

Marke stets nur in Kombination mit weiteren Bestandteilen benutzen wollen und benutzt. Das isolierte „kinder“-Zeichen werde nur eingesetzt, um gegen Kennzeichnungen anderer Unternehmen vorzugehen, die den Bestandteil „Kinder“ enthielten. Auch damit kann die Antragstellerin keinen Erfolg haben.

- a) Unter dem früheren Recht wurde dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 WZG („Wer sich ... eines Warenzeichens bedienen will ...“) das Erfordernis eines Benutzungswillens des Zeichenanmelders entnommen (BGH GRUR 1964, 454, 456 - Palmolive; GRUR 1973, 523, 524 - Fleischer-Fachgeschäft; GRUR 1988, 820, 821 - Oil of ...). Da die Feststellung des Benutzungswillens als einer subjektiven Tatsache Schwierigkeiten begegnet, wurde sein Vorliegen vermutet. Diese Vermutung wurde jedoch als widerlegt angesehen, wenn hinreichend feststand, dass das Zeichen allein dazu diene, bestimmte (vermeintliche) Verletzungsformen leichter bekämpfen zu können (vgl. BGH GRUR 1988, 820, 821 - Oil of ...; GRUR 1964, 454, 456 - Palmolive).

Für das geltende Recht hat der Bundesgerichtshof an diesen Grundsätzen (mit hier nicht interessierenden Modifikationen im Hinblick auf die jetzt fehlende Akzessorietät der Marke) festgehalten (BGH GRUR 2001, 242, 244 - Classe E). Weiter klärungsbedürftig kann insoweit allenfalls die rechtliche Einordnung dieses Erfordernisses erscheinen. In der älteren Rechtsprechung ist neben dem Hinweis auf § 1 WZG, dessen Wortlaut für eine Einordnung als subjektives Merkmal der Zeichenfähigkeit sprechen könnte, ausgeführt worden, dass bei mangelndem Benutzungswillen das Rechtsschutzbedürfnis für die Anmeldung fehle (BGH GRUR 1988, 820, 821 - Oil of ...), was eher eine prozessuale Verankerung nahelegt. Die „Classe E“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes spricht von einer allgemeinen Schutzvoraussetzung für das Entstehen des Markenrechts, geht also offenbar von einer materiellrechtlichen Qualität des Erfordernisses aus, das - ähnlich wie unter § 1 WZG - als subjektives Merkmal bei der

Frage der Markenfähigkeit zu prüfen ist. Das erscheint nicht unproblematisch, weil die Markenrechts-Richtlinie bei der abschließenden Festlegung der Kriterien der Markenfähigkeit in Art. 2 keinen Hinweis auf einen solchen Benutzungswillen enthält. Insoweit könnte es sich eher anbieten, die Frage des Benutzungswillens nunmehr unter dem Gesichtspunkt der bösgläubigen Anmeldung zu prüfen (Art. 3 Abs. 2 Buchst. d Markenrechts-Richtlinie; § 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG a. F., jetzt § 8 Abs. 2 Nr. 10 i. V. m. § 50 Abs. 1 MarkenG; ähnlich Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., § 3 Rdn. 13). Der Bundesgerichtshof hat zwar in der „Classe E“-Entscheidung den fehlenden Benutzungswillen allein nicht für ausreichend gehalten, um von einer Bösgläubigkeit auszugehen (vgl. a. a. O. S. 245). Andererseits wird in den Fällen, in denen die Vermutung für das Vorliegen des Benutzungswillens widerlegt ist, in aller Regel auch eines der Kriterien erfüllt sein, die nach herrschender Praxis und Lehre die Bösgläubigkeit begründen, z. B. dass die Marke - wie auch vorliegend geltend gemacht - allein dazu dient, zweckwidrig als Mittel des Wettbewerbskampfes eingesetzt zu werden (vgl. dazu etwa BGH GRUR 2005, 414, 417 - Russisches Schaumgebäck).

- b) Im vorliegenden Fall bestehen keine Anhaltspunkte für einen fehlenden Benutzungswillen der Markeninhaberin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin. In der bisherigen Rechtsprechung ist der erforderliche Benutzungswille nur in eindeutigen Fällen verneint worden. So ging es im Fall „Palmolive“ (BGH GRUR 1964, 454) um die Anmeldung einer Verpackungsgestaltung für Toiletteseifen, die auf einem umlaufenden Schmuckband statt des an dieser Stelle vorgesehenen Markennamens eine Reihe von Xen aufwies. Dass eine solche Verpackung nie benutzt werden sollte, war offensichtlich und von der Anmelderin auch eingeräumt worden. Im Fall „Oil of ...“ (BGH GRUR 1988, 820) wurde der mangelnde Benutzungswille ausdrücklich nicht allein dem Umstand entnommen, dass lediglich ein Teil der benutzten Zeichenkombination „Oil of Olaz“ angemeldet war; vielmehr war auf-

grund des sonstigen Prozessverhaltens der Anmelderin schon im Anmeldestadium klar zutage getreten, dass sie mit der Anmeldung allein den Zweck verfolgte, Anmeldungen anderer Zeichen, die mit den Worten „Oil of“ beginnen, leichter abzuwehren. Im Vergleich dazu liegt der vorliegende Fall ersichtlich anders.

Schon im Eintragungsverfahren hatte die Anmelderin Beispiele vorgelegt, die eine Benutzung der angegriffenen Marke in hervorgehobener Form für das Produkt „Kinderschokolade“ zeigen (AA Bl. 175 f.). Zwar bilden dort die Begriffe „Kinder“ (in der hier maßgeblichen Ausgestaltung) und „SCHOKOLADE“ eine zeichenmäßige Einheit, so dass „Kinder“ nur als ein - wenn auch stark hervorgehobener - Bestandteil dieser Zeichenkombination erscheint. Das allein reicht aber - wie erwähnt - nicht aus, um die Annahme eines fehlenden Benutzungswillens zu begründen (BGH GRUR 1988, 820, 821 - Oil of ...). Auch die jüngere Kennzeichnungspraxis der Markeninhaberin gibt keinen Anhalt für einen fehlenden Benutzungswillen. Ausweislich der Benutzungsunterlagen, die in dem Anlagenkonvolut BB 7 zu den Verfahren 32 W (pat) 406/02 und 32 W (pat) 5/03 eingereicht worden sind (vgl. auch Anlage CCP 12 = LA Bl. S. 220 ff.) ist die Markeninhaberin im Gegenteil ersichtlich bemüht, die Streitmarke noch mehr als früher isoliert von weiteren Produktkennzeichnungen zu zeigen und als eine Art Dachmarke erscheinen zu lassen.

Soweit die Antragstellerin darauf hinweist, dass die Markeninhaberin mehrfach gegen die Verwendung der bloßen Bezeichnung „Kinder“ vorgegangen ist und vorgeht, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Diese Verfahren (soweit sie dem Senat bekannt sind) sind vielmehr als der Versuch zu werten, den Schutzzumfang der umfangreich eingesetzten Streitmarke auszuloten bzw. Schritt für Schritt auszudehnen. Etwas Markenwidriges ist darin nicht zu sehen. Es ist Sache der Verletzungsgerichte (gegebenenfalls auch der Patentbehörden im Rahmen von Wider-

spruchsverfahren), den Punkt zu bestimmen, an dem dieser Bogen überspannt ist. Ein Lösungsgrund lässt sich daraus aber nicht herleiten.

- c) Aus den dargelegten Gründen scheidet der Lösungsantrag auch insoweit, als er auf den Lösungsgrund der bösgläubigen Anmeldung (§ 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG a. F.; nunmehr § 50 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG) gestützt ist. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob dieser Lösungsgrund bei Altmarken überhaupt zur Anwendung kommen kann oder ob er durch § 162 Abs. 2 Satz 2 MarkenG ausgeschlossen ist (was zu verneinen sein dürfte, weil diese Vorschrift allein auf die materiellrechtliche Schutzfähigkeit abstellt. Schutzfähig waren bösgläubig angemeldete Marken aber auch nach dem WZG nicht. Sie unterlagen zwar nicht der Löschung nach § 10 Abs. 2 Nr. 2 WZG, wohl aber - wie auch heute noch - der außerzeichenrechtlichen Löschung nach den Vorschriften des UWG).

3. Zutreffend geht die Antragstellerin dagegen davon aus, dass die Streitmarke von Hause aus sowohl nach früherem wie nach geltendem Recht einem absoluten Schutzhindernis unterlag.

Wie der Bundesgerichtshof in seinem „Kinder“-Urteil vom 28. August 2003 ausdrücklich ausführt, ist das Wort „Kinder“ für Waren der vorliegenden Art nicht schutzfähig (BGH GRUR 2003, 1040, 1043). Es handelt sich insoweit um eine bloße Benennung der Personen, für die die so gekennzeichnete Schokolade (jedenfalls auch und vorwiegend) bestimmt ist, nämlich Kinder, somit um eine Bestimmungsangabe im Sinne von § 4 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt. WZG bzw. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG (vgl. BGH a. a. O. S. 1044). Dass als Konsumenten (und vor allem als Käufer) auch (als Käufer wohl sogar vorwiegend) Erwachsene in Betracht kommen, ändert nach dem klaren Gesetzeswortlaut nichts. Dennoch greift das genannte Schutzhindernis hier nicht ein. Im Hinblick auf die graphische und farbliche Ausgestaltung der angegriffenen Marke lässt

sich nämlich nicht sagen, dass diese „ausschließlich“ aus einer beschreibenden, nämlich einer Bestimmungsangabe besteht, wie dies die genannten Vorschriften verlangen.

Der angegriffenen Marke stand und steht jedoch (von Hause aus) das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft entgegen (§ 4 Abs. 2 Nr. 1, 1. Alt. WZG bzw. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist die Unterscheidungskraft eines Zeichens (u. a.) zu verneinen, wenn es im Hinblick auf die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen einen *im Vordergrund stehenden* beschreibenden Sinngehalt aufweist (vgl. etwa BGH GRUR 2003, 1050 - Cityservice), wobei insoweit kein wesentlicher Unterschied zur Rechtslage nach dem WZG besteht (vgl. z. B. BGH GRUR 1995, 410 - TURBO). Das kann auch bei graphisch gestalteten beschreibenden Angaben der Fall sein (vgl. BGH GRUR 2001, 1153 - anti KALK). Des weiteren ist zu beachten, dass die Anforderungen an die graphische Gestaltung zur Überwindung des Schutzhindernisses der fehlenden Unterscheidungskraft umso höher anzusetzen sind, je deutlicher der beschreibende Sinngehalt des Zeichens zutage tritt (vgl. BGH a. a. O. - anti KALK; BPatG GRUR 1996, 410, 411 - Color COLLECTION).

Im vorliegenden Fall stellt das bloße Wort „Kinder“ - wie ausgeführt - eine glatt beschreibende Bezeichnung der Abnehmerkreise dar (BGH GRUR 2003, 1040, 1044 - Kinder). Insoweit bedürfte es erheblicher gestalterischer Mittel, um das Zeichen den angesprochenen Verkehrskreisen als Unterscheidungsmittel nahezubringen. Daran fehlt es. Die geringfügige Vergrößerung des Anfangsbuchstabens „k“ und - vor allem - die schwarz-rote Farbstellung mögen sich als wirkungsvoller Blickfang eignen. Markenrechtliche Unterscheidungskraft können diese Elemente hingegen nicht begründen. Bei dieser Beurteilung darf der Blick nicht durch die - wie noch darzulegen ist - Verkehrsdurchsetzung der Streitmarke verstellt werden. Die angegriffene Marke ist in ihrer konkreten Ausgestaltung heute im Verkehr natürlich weitgehend bekannt

und so wird sie anhand ihrer Gestaltung auch schnell erkannt. Das darf aber nicht im Wege einer quasi-ex-post-Betrachtung auf die Beurteilung der ursprünglichen Unterscheidungskraft durchschlagen. Stellt man sich z. B. das Wort „Senioren“ in vergleichbarer graphischer Gestaltung im Zusammenhang mit dem Angebot von Reisedienstleistungen vor, so wird man darin keine Individualmarke erkennen können.

Damit ist der vorliegende Fall auch nicht dem Sachverhalt vergleichbar, den der Bundesgerichtshof in seiner „NEW MAN“-Entscheidung zu beurteilen hatte (BGH GRUR 1991, 136). Dort war eine verhältnismäßig verschwommene und dazuhin fremdsprachige Bezeichnung der Zielgruppe mit einer raffinierten graphischen Gestaltung mit einem besonderen „Spiegel-Effekt“ kombiniert. Hier dagegen geht es um eine glatt und klar beschreibende Angabe in eher einfacher Ausgestaltung.

Der Annahme fehlender Unterscheidungskraft steht schließlich auch nicht die Aussage des Bundesgerichtshofes in seinem „Kinder“-Urteil vom 28. August 2003 entgegen, wonach die Klagemarke ihre Kennzeichnungskraft gerade aus der Kombination der graphischen Elemente mit dem Wortbestandteil erhalte (a. a. O. S. 1043). Denn diese Aussage bezieht sich nur (und kann sich wegen der Bindungswirkung nur beziehen) auf die *durchgesetzte* Marke, nicht auf die Unterscheidungskraft, die dieser Marke von Hause aus zukommt.

4. Wie die Markenabteilung zutreffend angenommen hat, hätte die Streitmarke aufgrund des im Eintragungsverfahren vorgelegten Materials nicht als durchgesetzte Marke in das Register eingetragen werden dürfen. Zum einen war die Anmelderin den berechtigten Auflagen des Bescheides vom 15. September 1988 nicht vollständig nachgekommen. Für die meisten der in der eidesstattlichen Versicherung vom 14. Dezember 1988 (AA Bl. 118) aufgeführten Produkte ist nicht dargelegt worden, wie die angemeldete Marke

benutzt worden war. Die Frage nach den Werbeaufwendungen blieb insgesamt unbeantwortet. Vor allem aber ist der für die Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung maßgebliche Zuordnungsgrad in den eingereichten demoskopischen Untersuchungen vom Oktober 1986 (AA Bl. 7 ff.) und vom Juli 1988 (AA Bl. 82 ff.) nicht korrekt abgefragt worden. In beiden Umfragen wurde lediglich die Bekanntheit der angemeldeten Bezeichnung ermittelt und weiter gefragt, ob das Zeichen einem bestimmten Hersteller zugeordnet wird (Kennzeichnungsgrad). Dagegen wurde nicht gefragt, ob der Name dieses Herstellers genannt werden könne. Diese Frage ist nicht verzichtbar. Denn zwar ist es für den Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung nicht erforderlich, dass der Verkehr den Namen des Anmelders kennt oder sonst positiv individualisieren kann, z. B. durch die Nennung einer – anderen – Marke. Jedoch dürfen von denjenigen, die die Bezeichnung nur einem Hersteller zuordnen, solche Personen nicht zugunsten des Anmelders gezählt werden, die das Zeichen positiv einem anderen Hersteller zuordnen. Diese sind also vom ermittelten Kennzeichnungsgrad in Abzug zu bringen, woraus sich dann der Zuordnungsgrad ergibt. Der Zuordnungsgrad konnte auch nicht der Tabelle 70 der Umfrage vom Juli 1988 (AA Bl. 95) entnommen werden. Dort hatten auf die Frage: „Wissen Sie, um welche Ware es sich handelt?“ 65,1 % angegeben: „Kinderschokolade (von Ferrero); Schokolade für (kleine) Kinder“. Es war also nach einer Ware gefragt worden und demzufolge hat ein (nicht bekannter) Anteil dieser 65,1 % auch nur einen Warenbegriff („Schokolade für (kleine) Kinder“) und nicht eine Marke der Anmelderin („Kinderschokolade“) genannt.

Fraglich ist, welche Konsequenzen diese Fehler für ein nachfolgendes Lösungsverfahren haben. Die Markenabteilung meint, es sei Sache des Antragstellers, den Nachweis zu erbringen, dass die betreffende Marke seinerzeit nicht durchgesetzt gewesen sei. Dieser Nachweis könne jedoch zehn Jahre nach der Eintragung nicht mehr erbracht werden. Sie beruft sich hierzu auf die „digital“-Entscheidung des 24. Senats des Bundespatentgerichts (BPatG GRUR 1997, 833, 835).

Diese Darlegungen erscheinen nicht zwingend. Der Wortlaut des § 50 Abs. 1 MarkenG lässt eine Löschung wohl auch zu, wenn die Verkehrsdurchsetzung nicht ordnungsgemäß ermittelt worden ist, weil die Marke auch in diesem Fall (und nicht nur bei nachweislich fehlender Verkehrsdurchsetzung) entgegen § 8 (Abs. 3) MarkenG eingetragen worden ist. Bedenklich an der Auffassung der Markenabteilung stimmt auch, dass damit selbst grösste Eintragungsfehler einer nachträglichen (insbesondere auch gerichtlichen) Kontrolle faktisch entzogen werden. Umgekehrt erscheint es nicht unbillig, den Markeninhaber im Lösungsverfahren mit dem (nachträglichen) Nachweis der Verkehrsdurchsetzung zu belasten. Zwar steht er – wie der Lösungsantragsteller – vor denselben Schwierigkeiten, was den Nachweis für den oft weit zurückliegenden Zeitpunkt der Eintragung angeht. Andererseits genügt für den Erhalt der Marke mit ihrer ursprünglichen Priorität schon der Nachweis einer nachträglichen Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Lösungsantrag (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG). Dieser Nachweis ist in der Regel unschwer zu erbringen. Problematisch sind somit nur die Fälle, in denen eine zum Eintragungszeitpunkt vorhandene Verkehrsdurchsetzung später entfallen ist. Da jedoch der Markeninhaber in einem solchen Fall im Genuss der Eintragung bleibt (vgl. hierzu BGH GRUR 2003, 1040, 1042 – Kinder), erscheint es nicht unangemessen, ihm den Nachweis aufzubürden, dass eine Verkehrsdurchsetzung wenigstens im Zeitpunkt der Eintragung vorgelegen habe. Gegen eine solche Verteilung der (objektiven) Beweislast könnte allerdings sprechen, dass sich der Markeninhaber grundsätzlich auf die Beurteilung durch die Eintragungsbehörde verlassen kann (vgl. BGH GRUR 2006, 432, 433 - Verwarnung aus Kennzeichenrecht II). Dies muss jedoch nicht zwingend auch in denjenigen Fällen gelten, in denen den Anmelder – wie insbesondere im Verkehrsdurchsetzungsverfahren – eine gesteigerte Mitwirkungsobliegenheit trifft.

Die aufgeworfenen Fragen bedürfen hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung, da der Lösungsantrag nach § 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG schon

deswegen keinen Erfolg haben kann, weil die Antragsgegnerin jedenfalls eine nachträgliche Verkehrsdurchsetzung dargetan hat. Insoweit bedarf es auch keines Eingehens auf die Versuche der Antragstellerin, den Nachweis fehlender Verkehrsdurchsetzung für den Eintragungszeitpunkt zu führen.

5. Nach § 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG kann eine Marke nicht gelöscht werden, wenn das Schutzhindernis jedenfalls im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag nicht mehr besteht. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-3 MarkenG zu diesem Zeitpunkt durch Verkehrsdurchsetzung nachweislich überwunden worden ist (vgl. Kirschneck in: Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 50 Rdn. 6). So liegt es hier.
  - a) Die Markeninhaberin hat mit dem Anlagenkonvolut BB 7 zu den Verfahren 32 W (pat) 406/02 und 32 W (pat) 5/03 (vgl. auch LA Bl. S. 220 ff.) ausreichend dargelegt, wie die Streitmarke eingesetzt wird. Die Beispiele zeigen teils die herkömmliche Benutzungsform, bei der der graphisch gestaltete Schriftzug „kinder“ als hervorgehobener Bestandteil einer Zeichenkombination erscheint (so bei dem Produkt „kinder SCHOKOLADE“), teils eine von der eigentlichen Produktmarke („Happy Hippo“, „Prof. Rino“, „bueno“, „MAXI KING“, „Happy Hippo Snack“, „Mini Mix“, „Maxi Mix“, „pingui“, „Schoko-Bons“, „country“, „FREUDE“, „ÜBERRASCHUNG“) deutlich abgesetzte Verwendung. Die Beispiele tragen ohne weiteres die Einschätzung der Markeninhaberin, dass die Streitmarke nach Art einer Dach- bzw. Zweitmarke eingesetzt wird. Es unterliegt keinem Zweifel, dass eine so verwendete Kennzeichnung Gegenstand einer eigenständigen Verkehrsdurchsetzung sein kann (vgl. EuGH GRUR 2005, 763, 764 [Nr. 30] - Nestlé/Mars). Sie erfüllt auch ohne weiteres das Kriterium einer „gewissen Selbständigkeit“ im Sinne der zu § 4 Abs. 3 WZG ergangenen „Streifenmuster“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH GRUR 1970, 75, 77).

b) Die Markeninhaberin hat des weiteren zwei die Streitmarke betreffende demoskopische Untersuchungen der GfK Marktforschung vom Februar 2001 und vom Januar 2004 vorgelegt (Anlagen BB 32 und BB 35). Diese belegen die erforderliche Verkehrsdurchsetzung eindeutig.

aa) Bei der Umfrage BB 32 wurden 1.250 Personen befragt, bei der Umfrage BB 35 1.000 Personen. Beides erscheint ausreichend. Wie die Markeninhaberin unter Bezugnahme auf ein Schreiben der GfK Marktforschung vom 11. Mai 2001 (Anlage CCP 1 = LA Bl. S. 40) nachvollziehbar dargelegt hat, wird die Repräsentativität einer Befragung in erster Linie durch die zutreffende Abbildung der Grundgesamtheit und nicht so sehr durch die Anzahl der befragten Personen gesichert (a. A. Eichmann in: Hasselblatt, Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl., § 9 Rdn. 30 ff., wo 2000 bis 2500 Befragungen gefordert werden). Eine geringere Anzahl von Befragten erhöht lediglich die Fehlertoleranz, was durch entsprechende Abzüge bei den ermittelten Werten auszugleichen ist (s. unten ee)). Die Grundgesamtheit ist bei beiden Befragungen richtig erfasst (vgl. jeweils die Rubriken „Merkmale der Befragten“). Insoweit hat auch die Antragstellerin keine Einwendungen erhoben.

bb) Als maßgeblicher Verkehrskreis ist bei den hier relevanten Schokoladewaren die Gesamtbevölkerung anzusehen (vgl. BGH GRUR 2006, 760, 762 [Nr. 22] - LOTTO m. w. N.). Außer Betracht zu bleiben haben jedoch diejenigen Personen, die keinerlei Bezug zu Schokoladewaren haben, diesen Waren also gänzlich desinteressiert gegenüberstehen (vgl. BGH a. a. O. Nr. 23 – LOTTO). Dieser Kreis ist jedenfalls durch die Frage 5 der Umfrage BB 32 („Befassen Sie sich öfters oder gelegentlich als Käufer oder Interessent oder sonst irgendwie mit Schokolade und Schokoladewaren?“) zutreffend abgegrenzt, während die entsprechende Frage 1 der Umfrage BB 35 („Kaufen oder essen Sie Schokoladewaren?“) trotz der restriktiven Antwortalternative „Nein, nie“ die angesprochenen

Verkehrskreise möglicherweise zu stark einschränkt. Das kann aber auf sich beruhen, da sich auch unter Zugrundelegung der Gesamtheit aller Befragten hinreichende Durchsetzungswerte ergeben.

cc) Die Fragestellungen lassen keine suggestive Beeinflussung der Befragten erkennen. Dies gilt auch für die von der Antragstellerin in anderem Zusammenhang bemängelten Eingangsfragen: „Kennen Sie diesen Schriftzug, haben Sie ihn schon einmal im Zusammenhang mit Schokolade und Schokoladewaren gesehen?“ (Frage 1 BB 32) bzw. „Ist Ihnen diese Bezeichnung im Zusammenhang mit Schokoladewaren bekannt?“ (Frage 2 BB 35). Eine unterschwellige Hinführung auf das Produkt „Kinderschokolade“ der Markeninhaberin kann darin nicht gesehen werden. Vielmehr wurden eben die Waren abgefragt, für die die Streitmarke eingetragen ist.

dd) Ausweislich der Tabelle 10 aus BB 32 bzw. Tabelle 20 aus BB 35 ist die angegriffene Marke bei 99,2 % bzw. bei 97,7 % der beteiligten Verkehrskreise bekannt (bezogen auf die Gesamtheit 96,1 % bzw. 96,5 %). Der Kennzeichnungsgrad (Hinweis auf ein ganz bestimmtes Unternehmen) wurde mit 87,8 %, gesamt 82,2 % (Tabelle 20 aus BB 32) bzw. 84,1 %, gesamt 82,4 % (Tabelle 30 aus BB 35) ermittelt.

Der letztlich maßgebliche Zuordnungsgrad ist in der Umfrage BB 32 mit 78,1 % (gesamt 71,9 %) angegeben (Tabelle 30/1, letzte Zeile). Dabei versteht der Senat die Angabe „FERRERO/FERRERO MARKEN (NETTO-WERT)“ so, dass dabei Mehrfachnennungen herausgerechnet sind. Diese Lesart hat die Markeninhaberin in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage bestätigt.

Unproblematisch ist bei den Zuordnungswerten, dass die Zuordnung zum Teil nicht über den Namen der Markeninhaberin („Ferrero“), sondern mittelbar über die Benennung anderer Marken der Markeninhaberin erfolgte (vgl. hierzu BGH GRUR 2003, 1040, 1043 – Kinder; BPatG GRUR 2005, 337, 341 – VISAGE; Niedermann, GRUR 2006, 367 f.). Das gilt auch für die Nennung „Kinderschokolade“. Soweit die Antragstellerin im Anschluss an entsprechende Ausführungen des Oberlandesgerichts Köln im Urteil vom 22. Dezember 2004 meint, diese Nennung könne nicht berücksichtigt werden, weil nicht auszuschließen sei, dass ein Teil der Befragten insoweit nicht das betreffende Produkt der Markeninhaberin, sondern die Produktgattung „Schokolade für Kinder“ gemeint habe, kann dem nicht beigetreten werden. Die Ausführungen des Oberlandesgerichts Köln betreffen schon nicht die hier relevanten Erhebungen, sondern eine Umfrage zu dem Wortzeichen „Kinder“ vom Oktober 2000 (Anlage BB 31). Außerdem ist davon auszugehen, dass eine Nennung „Schokolade für Kinder“ explizit ausgewiesen worden wäre. Das zeigt die Umfrage vom Juli 1988, wo es offenbar tatsächlich solche Nennungen gegeben hat (s. oben 4.). Auch in der vom Oberlandesgericht Köln behandelten Umfrage gab es einige Nennungen „Schokolade“, die gesondert ausgewiesen sind. Die Umfragen BB 32 und BB 35 weisen solche Nennungen indessen nicht aus. Die Antragstellerin unterstellt also nur, dass ein Teil der Befragten zwar „Kinderschokolade“ gesagt, aber „Schokolade für Kinder“ gemeint haben könnte. Dafür gibt es jedoch keinerlei Anhalt. In der Umfrage BB 32 war – anders als in der Erhebung vom Juli 1988 – ausdrücklich nach dem Namen der Firma oder dem Namen von Produkten dieser Firma, nicht nach bestimmten Waren gefragt worden. Es ist nicht ersichtlich, dass die Befragten bei dieser Fragestellung Anlass gehabt haben sollten, den Begriff „Kinderschokolade“ im Sinne einer Gattungsbezeichnung zu benutzen.

Nach alledem ist bei der Erhebung BB 32 von einem ermittelten positiven Zuordnungsgrad von 78,1 % bzw. gesamt 71,9 % auszugehen.

Die Umfrage BB 35 hat demgegenüber ausweislich der Tabelle 40 einen positiven Zuordnungsgrad von (netto, d. h. unter Ausschluss von Mehrfachnennungen) lediglich 53,2 %, gesamt 51,9 % ergeben. Dies hängt ersichtlich damit zusammen, dass bei dieser Erhebung für die Zuordnung *nur* nach einem *Unternehmensnamen* gefragt worden war, während in der Umfrage BB 32 (zulässigerweise) auch Produktnamen zugelassen waren. Demzufolge nannten bei der Umfrage BB 32 viele Befragte die Marke „Kinderschokolade“ (41,4 % bzw. gesamt 40,1 %), während dies bei der Umfrage BB 35 nur 10,6 % (gesamt 10,1 %) waren. Im Übrigen belegen diese Ergebnisse noch einmal, dass die angesprochenen Verkehrskreise sehr wohl zwischen Unternehmensnamen, Marken und generischen Produktbezeichnungen zu unterscheiden wissen.

Diesen expliziten Zuordnungen sind nach ständiger Praxis auch diejenigen hinzuzurechnen, die mit „nein, weiß nicht/keine Angabe“ geantwortet haben, im Fall der Umfrage BB 35 also 25,8 % (gesamt 25,7 %; wobei dieser auffällig hohe Anteil ersichtlich wiederum auf die ausschließlich den Unternehmensnamen betreffende Fragestellung zurückgeht). Denn Voraussetzung für die Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung zugunsten der Markeninhaberin ist nicht, dass der Verkehr die Markeninhaberin im Rahmen der Zuordnungsfrage positiv individualisieren kann; er darf die Marke nur nicht positiv einem anderen Unternehmen zuordnen (vgl. BGH GRUR 1965, 146, 149 – Rippenstreckmetall II; BPatG GRUR 1997, 833, 835 – digital; BPatGE 17, 127, 133 – CFC; weiter gehend aus demoskopischer Sicht Niedermann, GRUR 2006, 367, 371, die Falschbenennungen erst ab einer gewissen Häufung berücksichtigen will). Somit erhöht sich der Durchsetzungsgrad vorliegend auf 79 % (gesamt 77,6 %).

Der Antragstellerin ist allerdings zuzugeben, dass der Bundesgerichtshof in seinem „Kinder“-Urteil vom 28. August 2003 im Hinblick auf die Erhebung vom April 1997 (Anlage CCP 6 = LA Bl. S. 93 ff. bzw. Anlage GL 5 = GA Bl. 185 ff. sowie Anlage BB 30) offensichtlich anders gerechnet hat. Diese Umfrage ist zwar vorliegend nicht einschlägig, da sie den „kinder“-Schriftzug in schwarzweißer Gestaltung zum Gegenstand hat. Zu beachten ist aber ihre Interpretation durch den Bundesgerichtshof. Dieser hat der Umfrage einen „Bekanntheitsgrad“ von (nur) 48,5 % entnommen. Dieser Wert ist in Tabelle 40 (LA Bl. S. 108) unter „Ferrero/Ferrero-Marken (Nettowert)“, bezogen auf die Gesamtheit der Befragten, ausgewiesen. Unberücksichtigt sind die 10,8 % (gesamt), die mit „nein, weiß ich nicht/keine Angabe“ geantwortet haben. Diese Ausführungen betrafen zwar die von der dortigen Klägerin behauptete erhöhte Kennzeichnungskraft der Klagemarke (hiesige Streitmarke), während es vorliegend um die etwas anders gelagerte Frage der korrekten Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung geht (s. zu dieser Divergenz auch Niedermann, GRUR 2006, 367, 368). Dennoch bleibt ein klärungsbedürftiger Rest an Unsicherheit (vgl. auch Niedermann, GRUR 2006, 367, 370).

ee) Nach alledem ergibt sich aus der Umfrage BB 32 für Februar 2001 ein positiver Zuordnungsgrad von 78,1 % (gesamt 71,9 %), wozu noch 8,1 % (gesamt 8,6 %) „Nichtwisser“ zu zählen sind, insgesamt also 86,2 % bzw. 80,5 % gesamt. Bei der Umfrage BB 35 ergibt sich für Januar 2004 ein Zuordnungsgrad von – wie dargelegt – 79 % bzw. 77,6 % gesamt.

Diese Werte sind jedoch um die Fehlertoleranzen zu kürzen, die sich aus der diesem Beschluss beigefügten Fehlertoleranztafel ergeben (die Tafel war Gegenstand der mündlichen Verhandlung und den Beteiligten bekannt; s. zur Fehlertoleranz auch Eichmann in: Hasselblatt, Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl., § 9 Rdn. 32). Bei der ersten Umfrage (1.250 Befragte; 86,2 % bzw. 80,5 % gesamt) ist dem-

nach ein Abzug von 2,9 (3,2) vorzunehmen, ergibt 83,3 % (gesamt 77,3 %). Bei der zweiten Erhebung (1.000 Befragte; 79 % bzw. 77,6 % gesamt) ist ein Abzug von 3,8 zu machen, ergibt 75,2 % bzw. 73,8 %. Diesen Endwerten kommt eine Wahrscheinlichkeit von 95 % zu, was ohne weiteres ausreicht (Eichmann, a. a. O., § 9 Rdn. 33).

ff) Diese Werte reichen nach Auffassung des Senats aus, um eine Verkehrsdurchsetzung zu belegen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann die untere Grenze für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung im Regelfall nicht unter 50 % angesetzt werden (BGH GRUR 2001, 1042, 1043 – REICH UND SCHOEN; GRUR 2006, 760, 762 [Nr. 20] - LOTTO). Bei glatt beschreibenden Angaben kann sogar eine nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung erforderlich sein (vgl. BGH GRUR 2003, 1040, 1044 – Kinder; GRUR 2006, 760, 762 f. [Nr. 21 ff.] - LOTTO). Im vorliegenden Fall einer glatt beschreibenden Angabe mit graphischer und farblicher Ausgestaltung ist in Übereinstimmung mit der Markenabteilung ein Zuordnungsgrad von 60 % für ausreichend zu erachten (vgl. BPatG GRUR 1997, 833, 835 – digital). Dieser Wert ist erreicht. Die Umfragen BB 32 und BB 35 liegen zwar ebenfalls schon einige Zeit zurück. Andererseits ist dort der Sollwert von 60 % so deutlich übertroffen worden, dass im Hinblick auf die anhaltende Marktpräsenz der Streitmarke kein Anhalt dafür besteht, die Verhältnisse könnten sich bis zum Mai 2006 wesentlich zu Lasten der Markeninhaberin verschlechtert haben. Es besteht daher keine tatsächliche Grundlage dafür, die angegriffene Marke zu löschen.

6. Es bestand kein Anlass, einer der Beteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 71 Abs. 1 MarkenG).
7. Die Rechtsbeschwerde war zuzulassen, da der Streitfall eine Reihe von Fragen im Zusammenhang mit der Interpretation demoskopischer Erhebungen

aufwirft, die weiterer höchstrichterlicher Klärung bedürfen (§ 83 Abs. 2 MarkenG).

gez.

Unterschriften