

# BUNDESPATENTGERICHT

## Leitsatz

---

<b>Aktenzeichen:</b>	26 W (pat) 25/06
<b>Entscheidungsdatum:</b>	10. April 2007
<b>Rechtsbeschwerde zugelassen:</b>	ja
<b>Normen:</b>	§§ 50, 8 Abs. 2 Nr. 2, 8 Abs. 3 MarkenG

---

„POST“

1. Das Wort „POST“ stellt für Dienstleistungen auf dem Gebiet der Beförderung und Zustellung von Briefen, Paketen und anderen Gütern eine schutzunfähige Angabe i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) dar.
2. Für die Überwindung absoluter Schutzhindernisse durch Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 3 MarkenG) ist die Glaubhaftmachung von Tatsachen erforderlich, die eine Benutzung der Marke als Marke durch den Anmelder erkennen lassen (Anschluss an EuGH MarkenR 2002, 231 ff., Nr. 64 - Philips/Remington). Eine Verwendung durch Dritte, z. B. in redaktionellen Beiträgen über den Anmelder oder auf von Dritten aufgestellten Hinweisschildern, stellt keine solche Benutzung dar.
3. Die Bestimmung des im Einzelfall erforderlichen Verkehrsdurchsetzungsgrades darf zwar nicht von dem Grad des an der fraglichen Angabe bestehenden Freihaltungsbedürfnisses abhängig gemacht werden. Bei seiner Bestimmung ist jedoch der spezifische Charakter der Bezeichnung, deren Durchsetzung geltend gemacht wird, zu berücksichtigen (EuGH MarkenR 1999, 189 ff., Nr. 54 - Chiemsee). An den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung einer Gattungsbezeichnung als Marke eines bestimmten Unternehmens sind strenge Anforderungen zu stellen. Dies gilt besonders dann, wenn die Verkehrsauffassung maßgeblich von einem jahrzehntelang bestehenden Angebotsmonopol bestimmt ist, das es dem Verkehr nahe legt, die Gattungsbezeichnung mit dem einzigen Anbieter der fraglichen Dienstleistungen in Verbindung zu bringen, ohne darin zugleich einen Herkunftshinweis zu sehen (BGH MarkenR 2006, 341 ff., Nr. 20 - LOTTO). Erforderlich ist in einem solchen Fall eine nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung in allen beteiligten Verkehrskreisen (BGH GRUR 2003, 1040, 1044 - Kinder; MarkenR 2006, 341 ff., Nr. 20 - LOTTO).
4. Die Feststellung einer nahezu einhelligen Verkehrsdurchsetzung lässt nur einen unbedeutenden rechnerischen Abschlag von der einhelligen, m. a. W. ausnahmslosen, Durchsetzung zu. Hierfür (und für den Nachweis eines Bedeutungswandels von einer glatt beschreibenden Angabe zu einem Hinweis auf ein einzelnes Unternehmen) reichen Zuordnungsgrade von weniger als 85% jedenfalls im Fall eines vorangegangenen und teilweise noch fortbestehenden Angebotsmonopols nicht aus.



# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 25/06

---

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt  
zugestellt am  
10. April 2007

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

**betreffend die Marke 300 12 966.1 - S 35/04 Lö**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

**Gründe**

**I**

Für die Antragsgegnerin ist im Markenregister unter der Nummer 300 12 966 seit dem 3. November 2003 das Wort

**POST**

für die Dienstleistungen

„Briefdienst-, Frachtdienst-, Expressdienst-, Paketdienst- und Kurierdienstleistungen; Beförderung und Zustellung von Gütern, Briefen, Paketen, Päckchen; Einsammeln, Weiterleiten und Ausliefern von Sendungen mit schriftlichen Mitteilungen und sonstigen Nachrichten, insbesondere Briefen, Drucksachen, Warensendungen, Wurfsendungen, adressierten und unadressierten Werbe-

sendungen, Büchersendungen, Blindensendungen, Zeitungen, Zeitschriften, Druckschriften“

als im Verkehr durchgesetzte Marke eingetragen.

Die Antragstellerin hat mit einem am 29. Januar 2004 eingegangenen Schriftsatz die Löschung dieser Marke gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG beantragt, weil sie entgegen § 8 MarkenG eingetragen worden sei. Dem Löschungsantrag hat die Antragsgegnerin widersprochen.

Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 14. Dezember 2005 die Löschung der angegriffenen Marke beschlossen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, der Eintragung der Marke hätten zum Zeitpunkt ihrer Eintragung die absoluten Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG entgegengestanden, weil das Wort „POST“ für alle Dienstleistungen, für die die Eintragung erfolgt sei, einen ausschließlich beschreibenden Inhalt aufweise. Auch die Voraussetzungen für eine Eintragung der Marke auf Grund von Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG hätten nicht vorgelegen. Die in den von der Antragsgegnerin in Auftrag gegebenen Meinungsumfragen aus dem Mai 2000 und dem November/Dezember 2002 ermittelten Durchsetzungsgrade von 77,6% bzw.. 84,6% seien zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung des Wortes „POST“ nicht ausreichend. Zwischen dem erforderlichen Durchsetzungsgrad und dem Freihaltungsbedürfnis an der Bezeichnung, deren Durchsetzung behauptet werde, bestehe eine Relation. Das Maß eines nicht nur allgemeinen, sondern erhöhten Freihaltungsbedürfnisses bestimme das Ausmaß des erforderlichen Durchsetzungsgrades. An dem Wort „POST“ bestehe ein derart großes Freihaltungsbedürfnis, dass selbst ein Durchsetzungsgrad von 84,6% nicht ausreiche. Dieses besonders große Freihaltungsbedürfnis resultiere daraus, dass das Wort „POST“ im Bereich der registrierten Dienstleistungen der zentrale Sachbegriff sei. Die Antragsgegnerin selbst habe im Eintragungsverfahren in dem von ihr anfangs eingereichten Dienstleistungsverzeichnis Begriffe wie „Postgut“,

„Postanweisungs-, Postauftrags- und Postzeitungsdienst“ verwendet. Das Wort „POST“ sei der geläufige Ausdruck für das Zustellgut selbst und werde als Sachbegriff für Postdienstleistungen verschiedenster Art überaus häufig verwendet, u. a. in Redewendungen wie „Er bekommt viel Post“ oder „mit gleicher Post“. Weiterhin gebe es zahlreiche gängige Wortbildungen unter Verwendung des Wortes „Post“, wie z. B. „Postunternehmen“, „Postversand“ oder „Postverwaltung“, die keinen unmittelbaren Bezug zu dem Unternehmen der Antragsgegnerin aufwiesen. Angesichts dieses allgemeinen Sprachgebrauchs, der sich in Folge der langjährigen Monopolstellung der Antragsgegnerin entwickelt habe, sei es kaum denkbar, eine Verkehrsbefragung durchzuführen, die jeglicher suggestiver Einflüsse auf die Befragten entbehre. Bedenken beständen vor diesem Hintergrund insbesondere gegen eine Befragung, die – wie im A... Infratest-Gutachten vom Februar 2003 – für die Befragten eine Einordnung des Wortes „POST“ als „bloße Sachangabe“ nicht vorsehe. Auf Grund des Fehlens dieser Antwortmöglichkeit könne eine objektive Aussage darüber, ob die Befragten das Wort „POST“ als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen wahrnahmen oder es nur als Sachangabe auffassten, nicht getroffen werden. Es habe zudem im Zeitpunkt der Eintragung der angegriffenen Marke an einer markenmäßigen Verwendung des Wortes „POST“ für die registrierten Dienstleistungen gefehlt. Die von der Antragsgegnerin bis zum Eintragungszeitpunkt vorgelegten Presseartikel und Internetfundstellen stellten allenfalls eine von der einzelnen Dienstleistung losgelöste Verwendung als beschreibender Sachbegriff oder eine unternehmens- oder firmenmäßige Verwendung dar. Auch die bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag vorgelegten weiteren Unterlagen ließen eine markenmäßige Verwendung der angegriffenen Marke nicht erkennen. Es fehle insbesondere an einem Zusammenhang mit einer bestimmten Dienstleistung. Soweit weitere Presseartikel und Internetfundstellen vorgelegt worden seien, sei das Wort „POST“ dort erneut nicht nach Art eines betrieblichen Unterscheidungsmittels, sondern als bloße Sachangabe, die schlagwortartig das Dienstleistungsspektrum benenne, benutzt worden.

Hiergegen wendet sich die Antragsgegnerin mit der Beschwerde. Sie ist der Ansicht, das Wort „POST“ sei zu Recht als im Verkehr durchgesetzte Marke eingetragen worden. Durch die bis zum Eintragungszeitpunkt vorgelegten Unterlagen sei nachgewiesen worden, dass der Begriff „POST“ von ihr vor der Eintragung markenmäßig benutzt worden sei. Selbst wenn davon ausgegangen werde, das Wort „POST“ sei in Alleinstellung nicht als Marke benutzt worden, könne als verkehrs- und gerichtsbekannt vorausgesetzt werden, dass die Marke „Deutsche Post“ für Zustellungsdienstleistungen benutzt worden sei, was dazu führen müsse, dass auch die markenmäßige Benutzung des darin enthaltenen Wortes „POST“ anzuerkennen sei. Die Ergebnisse der vorgelegten demoskopischen Gutachten belegten nicht nur die Bekanntheit des Wortes „POST“ als Unternehmensbezeichnung, sondern auch dessen Bekanntheit als Marke der von der Antragsgegnerin angebotenen Dienstleistungen. Bei durch Benutzung erlangter Unterscheidungskraft könne jede Benutzung, die zu diesem Ergebnis geführt habe, zwangsläufig nur markenmäßig sein. Durch die vor der Eintragung der angegriffenen Marke vorgelegten demoskopischen Gutachten sei die Verkehrsdurchsetzung des Wortes „POST“ für die Antragsgegnerin nachgewiesen. Soweit die Markenabteilung den zu fordernden Durchsetzungsgrad von dem Grad des Freihaltungsbedürfnisses an der angemeldeten Bezeichnung abhängig gemacht habe, stehe diese Differenzierung im Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs sowie der darauf beruhenden Richtlinie zur Prüfung von Markenmeldungen des Deutschen Patent- und Markenamts. Die in den Verkehrsbefragungen vom Mai 2000 und Oktober/November 2002 ermittelten Zuordnungsgrade von 76,9% und 84,6% seien überaus hoch und deshalb geeignet, die Verkehrsdurchsetzung des Wortes „POST“ nachzuweisen. Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus der Entscheidung „Kinder“ des Bundesgerichtshofs vom 28. August 2003 (GRUR 2003, 1140 ff.), in der für glatt beschreibende Zeichen eine nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung gefordert worden sei. Bei dem Wort „POST“ handele es sich für die registrierten Dienstleistungen nämlich nicht um einen glatt beschreibenden Begriff. Von Haus aus habe es mehrere Bedeutungen, weil es zum Einen den Namen einer Einrichtung, die eine bestimmte Dienstleis-

tung anbiete, und zum Anderen den physischen Gegenstand der Dienstleistung, also das zu befördernde Gut, bezeichne. Jedenfalls in Alleinstellung stehe das Wort „POST“ nicht für die fraglichen Dienstleistungen selbst. Aber selbst dann, wenn davon ausgegangen werde, es handele sich bei dem Wort „POST“ auch für die registrierten Dienstleistungen um eine glatt beschreibende Angabe, reichten die erzielten Zuordnungsgrade zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung aus, weil nach den Leitlinien der „Chiemsee“-Entscheidung des EuGH (GRUR 1999, 723 ff.) nicht nach dem Grad des beschreibenden Charakters differenzierte Durchsetzungsgrade für die Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung verlangt werden dürften. Vor allem aber dürften keine prozentualen Zuordnungsgrade verlangt werden, die praktisch nicht erreichbar seien. Die Verkehrsbefragungen seien auch sach- und fachgerecht durchgeführt worden. Insbesondere habe nicht die Notwendigkeit bestanden, in den Befragungen zur Bedeutung des Wortes „POST“ für die Befragten die Antwortmöglichkeit „bloße Sachangabe“ vorzusehen, die bereits das Bundespatentgericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 2003 (GRUR 2004, 61 ff. – BVerwGE) als unverständlich bezeichnet habe. Im Übrigen komme es für die Verkehrsdurchsetzung nicht darauf an, ob und in welchem Umfang eine Bezeichnung auch als Sachangabe angesehen werde, sondern darauf, ob sie – nur oder auch – als Unternehmenshinweis oder als Marke verstanden werde. Für die Übereinstimmung der durchgeführten Verkehrsbefragungen mit den anerkannten Regeln der empirischen Marktforschung bezieht sich die Antragsgegnerin weiterhin auf ein von ihr im Lösungsverfahren vor der Markenabteilung vorgelegtes Rechtsgutachten. Dass die Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke auch noch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Lösungsantrag fortbestanden habe, zeige das Ergebnis der im September/Okttober 2005 durchgeführten weiteren Verkehrsbefragung.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 14. Dezember 2005 aufzuheben und den Löschungsantrag zurückzuweisen,

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Hilfsweise beantragt sie für den Fall, dass der Beschwerde ganz oder teilweise auf Grund der nach dem Eintragungstag erfolgten weiteren Verkehrsumfrage stattgegeben werden sollte,

festzustellen, dass der Prioritätstag der angegriffenen Marke der 31. Januar 2006 bzw. der 31. Oktober 2005 ist,

sowie für den Fall, dass eine Verschiebung des Anmeldetags nicht in Betracht kommt,

festzustellen, dass die angegriffene Marke erst am 31. Januar 2006 bzw. am 31. Oktober 2005 nicht mehr gelöscht werden konnte.

Sie hält die Löschanordnung der Markenabteilung für rechtmäßig und vertritt die Ansicht, die Eintragung einer Marke auf Grund von Verkehrsdurchsetzung setze eine der Eintragung vorangehende Benutzung der Marke als Marke voraus, die sich weder den von der Antragsgegnerin bis zum Eintragungszeitpunkt noch den nachträglich im Lösungsverfahren vorgelegten Unterlagen entnehmen lasse. Auch die Ergebnisse der von der Antragsgegnerin vorgelegten Verkehrsbe-fragungen könnten weder eine markenmäßige Benutzung noch eine Verkehrs-

durchsetzung belegen. Hierfür fehle es an der gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG erforderlichen Kausalität der Benutzung des Zeichens als Marke für eine darauf beruhende Bekanntheit und Durchsetzung. Die markenmäßige Benutzung der angegriffenen Marke ergebe sich auch nicht aus der Verwendung der Bezeichnung „Deutsche Post (AG)“, weil auch diese Bezeichnung nur als Unternehmenskennzeichen benutzt worden sei. Die von der Antragsgegnerin im Eintragungsverfahren vorgelegten Verkehrsgutachten könnten die für eine Verkehrsdurchsetzung erforderliche markenmäßige Zuordnung der Bezeichnung „POST“ zu einem bestimmten Unternehmen nicht nachweisen. Die Befragungen könnten vor dem Hintergrund, dass es sich bei der angegriffenen Marke um einen Gattungsbegriff handle, und unter Berücksichtigung der Monopolstellung der Antragsgegnerin nicht zu Gunsten der Antragsgegnerin verwertet werden. Es sei insbesondere versäumt worden, den Befragten eine Antwortalternative anzubieten, die eine beschreibende Bedeutung des Begriffs „POST“ zum Ausdruck bringe. Die Befragungen seien zudem in weiten Teilen suggestiv. Außerdem reichten die in den Verkehrsgutachten ausgewiesenen Zuordnungsgrade nicht aus, um das hier erforderliche einhellige Verkehrsverständnis des Sachbegriffs „POST“ als Marke zu belegen.

Wegen der weiteren vorgelegten Unterlagen und des weiteren Sachvortrags der Beteiligten wird auf den Inhalt der Beschwerdeakten Bezug genommen.

Für den Fall des Unterliegens regen beide Beteiligten hilfsweise die Zulassung der Rechtsbeschwerde bzw. die Vorlage der Sache an den Europäischen Gerichtshof an.

## II

Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist zulässig, jedoch nicht begründet. Die Markenabteilung hat auf den gemäß §§ 50 Abs. 2 S. 2, 54 Abs. 1 MarkenG zulässigen Löschungsantrag hin zu Recht die Löschung der angegriffenen Marke beschlossen.

Die Eintragung einer Marke wird auf Antrag wegen Nichtigkeit gelöscht, wenn die Marke entgegen §§ 3, 7 oder 8 MarkenG eingetragen worden ist und das Schutzhindernis auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auf Löschung besteht (§ 50 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 MarkenG).

Der Eintragung der angegriffenen Marke für die registrierten Dienstleistungen stand bereits zum Eintragungszeitpunkt das auch weiterhin bestehende Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen. Dieses Schutzhindernis ist weder zum Eintragungszeitpunkt noch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG durch Verkehrsdurchsetzung überwunden worden.

1. Die angegriffene Marke stellte schon zum Zeitpunkt ihrer Eintragung eine Angabe dar, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art der Dienstleistungen dienen konnte, für die sie beansprucht und eingetragen wurde (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG).

Das Wort „POST“ diene zu diesem Zeitpunkt im allgemeinen Sprachgebrauch einerseits zur Bezeichnung einer Dienstleistungseinrichtung, die Briefe, Pakete, Geldsendungen und andere Gegenstände entgegennimmt, befördert und zustellt, andererseits zugleich als Sammel- und Oberbegriff für die von einer solchen Dienstleistungseinrichtung beförderten Güter, insbesondere für Schriftgut aller Art wie z. B. Briefe und Karten (Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 3. Auflage 1999, Band 7, S. 2975 f.). Diese Sprach- und Bezeichnungsge-

wohnheit, die durch den Umstand begründet worden ist, dass die Beförderung von Schriftgut, Päckchen und Paketen über mehr als ein Jahrhundert allein durch staatliche Einrichtungen wie die Kaiserliche Post, die Reichspost und die Bundespost erfolgt ist, hat sich umgangssprachlich auch nach der Privatisierung der Deutschen Bundespost und ihrer Umwandlung in das Unternehmen „Deutsche Post AG“ erhalten. Auch heute noch wird zu beförderndes oder bereits befördertes und zugestelltes Schriftgut mit dem Sammelbegriff „POST“ bezeichnet, selbst wenn die Beförderung durch andere Unternehmen als das der Antragsgegnerin erfolgt. Der Begriff „Post“ ist, wie die Mitglieder der Monopolkommission - ein dem deutschen Wirtschaftsministerium angehöriges Wettbewerbsbeobachtungsorgan - in ihrem im Dezember 2005 gemäß § 44 Postgesetz in Verbindung mit § 81 Telekommunikationsgesetz auf. erstatteten Gutachten festgestellt haben, „ein funktionaler Begriff, der für Beförderungsdienstleistungen und ihre Gegenstände, die Briefe, steht“. Sofern der Verkehr mit dem Wort „Post“ in bestimmtem Maße die Deutsche Post AG assoziiere, belege dies bestenfalls eine aus Monopolzeiten stammende Identifikation des ehemaligen Monopolunternehmens mit dem Begriff „Post“.

Ein entsprechender allgemeiner Sprachgebrauch spiegelt sich auch in einer großen Zahl von zusammengesetzten Begriffen wieder, die als Bestandteil das Wort „POST“ enthalten. So findet sich an nahezu jedem Arbeitsplatz in Unternehmen, Behörden und Gerichten ein „Posteingang“ und ein „Postausgang“, der keinen rechtlichen oder organisatorischen Bezug zu der Antragsgegnerin und ihren Dienstleistungen aufweist. Als weitere im allgemeinen Sprachgebrauch übliche Wortkombinationen sind beispielhaft noch die Begriffe „Postablage“, „Postanschrift“, „Postkarte“, „Postkasten“, „Postschiff“, „Postbote“, „Postversand“ und „Postweg“ zu nennen. Diesem Gebrauch des Begriffs „POST“ für alle Arten von zu versendender „Post“ ist auch die Tatsache geschuldet, dass nicht nur die Antragsgegnerin, sondern auch ihre Konkurrenten als „Postdienstleistungsunternehmen“ oder kurz als „Postdienstleister“ bezeichnet werden und das Tätigkeitsfeld der Antragsgegnerin und ihrer neuen Mitbewerber allgemein als das „Postwesen“ be-

zeichnet wird. Auch in Art. 87f. GG ist von dem „Bereich des Postwesens“ die Rede, wobei hiermit nicht ausschließlich die Tätigkeit der Antragsgegnerin bezeichnet wird. Nach der Liberalisierung des Postmarktes hat sich ferner der Bundesverband Deutscher Postdienstleister e. V. gegründet, zu dessen Mitgliedern neben weiteren Unternehmen auch die Antragsgegnerin zählt. Vor diesem tatsächlichen Hintergrund bezeichnete der Begriff „POST“ zum Eintragungszeitpunkt zumindest auch die Art und den Gegenstand der von der Antragsgegnerin beanspruchten Beförderungsdienstleistungen bzw. ganz allgemein die Branche, in der die Antragsgegnerin tätig ist.

Der Umstand, dass das Wort „POST“ sowohl zur Bezeichnung eines Postdienstleistungsunternehmens als auch - als Oberbegriff - zur Bezeichnung der zu befördernden Schriftstücke und Gegenstände dienen kann, stellt seine Eignung als waren- und dienstleistungsbeschreibende Angabe nicht in Frage; denn entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist eine Angabe, die jedenfalls mit einer ihrer Bedeutungen zur Beschreibung der beanspruchten Waren und Dienstleistungen dienen kann, unabhängig davon, ob sie noch andere beschreibende oder nicht beschreibende Bedeutungen aufweist, gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vom Markenschutz ausgeschlossen (EuGH GRUR 2004, 146, 147 f., Nr. 32 - DOUBLEMINT; GRUR 2004, 674, 678, Nr. 97 – Postkantoor).

2. Das zum Eintragungszeitpunkt bestehende Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist auch nicht dadurch überwunden worden, dass sich die angegriffene Marke vor diesem Zeitpunkt infolge ihrer Benutzung für die beanspruchten Dienstleistungen in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat (§ 8 Abs. 3 MarkenG).

Die von der Antragsgegnerin der Markenstelle vorgelegten Unterlagen sind nicht geeignet, den hierfür erforderlichen Nachweis zu erbringen. Die Antragsgegnerin kann sich zwar grundsätzlich auf eine mögliche Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke berufen, obwohl ihr in der Vergangenheit für die beanspruchten

Dienstleistungen eine Monopolstellung zukam bzw. in Teilbereichen der Beförderung privater Briefpost noch heute zukommt, so dass sich eine mögliche Verkehrsdurchsetzung ungestört vom Wettbewerb mit anderen Anbietern bilden konnte (EuGH MarkenR 2002, 231 ff., Rdn. 65 - Philips/Remington; BGH MarkenR 2006, 341, 343, Nr. 18a – LOTTO). Beruht die Verkehrsdurchsetzung jedoch ganz oder weitgehend auf einer früheren Monopolstellung, so kommt eine restriktive Auslegung der Bestimmungen, die die Überwindung markenrechtlicher Schutzhindernisse ermöglichen, in Betracht (Jänich/Schrader, Markenrechte und ihre Durchsetzung nach dem Wegfall staatlicher Monopole - „Post“, „Telekom“ und „Die Bahn“ als Marken, WRP 2006, 656, 659), und es ist insbesondere darauf zu achten, ob der Verkehr, der die von Haus aus beschreibende Angabe der angebotenen Leistung mit dem Angebot des Monopolisten identifiziert, diese Bezeichnung nunmehr als einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der angebotenen Leistung betrachtet (BGH a. a. O. Nr. 18 - LOTTO).

a. Es bestehen bereits erhebliche tatsächliche und rechtliche Zweifel daran, dass das Wort „POST“ vor dem Eintragungszeitpunkt von der Antragsgegnerin im Inland als Marke für die konkret beanspruchten Dienstleistungen benutzt worden ist.

Nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 3 MarkenG ist die Verkehrsdurchsetzung nur in Folge einer Benutzung der Marke möglich. Eine auf andere Weise erreichte bloße allgemeine Bekanntheit der Marke reicht zur Feststellung der Verkehrsdurchsetzung nicht aus (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Auflage, § 8 Rdn. 306); denn dass die angesprochenen Verkehrskreise die Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen, muss auf der Benutzung der Marke als Marke und somit auf ihrer Natur und Wirkung beruhen, die sie geeignet machen, die betroffene Ware mittels der Marke von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (EuGH GRUR 2002, 804, 808, Nr. 64 - Philips/Remington).

Die der Markenstelle im Eintragungsverfahren vorgelegten redaktionellen Beiträge über das Unternehmen der Antragsgegnerin stellen keine markenmäßige Benutzung des Wortes „POST“ durch die Antragstellerin selbst und auch kein Indiz für eine solche Benutzung dar. Sie enthalten auch keine Angaben über die Art und den Umfang der Verwendung des Wortes „POST“ durch die Antragsgegnerin im Zusammenhang mit den maßgeblichen Dienstleistungen. Sie spiegeln zwar eine nicht unerhebliche Bekanntheit der Antragsgegnerin wieder. Jedoch ist – auch in Fällen eines Monopols – die noch so große Bekanntheit einer Bezeichnung für eine Verkehrsdurchsetzung i. S. d. § 8 Abs. 3 MarkenG nicht ausreichend, wenn es an einer ihr vorangegangenen Benutzung als Marke durch die Markeninhaberin selbst fehlt (EuGH a. a. O. – Philips/Remington).

Auch die vorgelegten Fotografien von mit der Aufschrift „POST“ versehenen Gebäuden und Schildern sind nicht geeignet, eine Benutzung des Begriffs „POST“ als Marke für die im einzelnen beanspruchten Dienstleistungen glaubhaft zu machen. Die Beschriftung von Gebäuden mit dem Begriff „POST“ und die Verwendung dieses Begriffs auf Hinweisschildern wird von den Abnehmern von Postdienstleistungen, deren Auffassung maßgeblich durch das langjährige Monopol der Antragsgegnerin und ihrer Rechtsvorgänger geprägt ist, nur als ein Sachhinweis auf die Art des Angebots (Postdienstleistungen) und/oder den Ort verstanden, an dem diese Art von Dienstleistungen erbracht wird. Das Wort „POST“ bewegt sich insoweit auf derselben begrifflichen Ebene wie Bezeichnungen wie „Bahn“, „Bahnhof“, „Krankenhaus“, bei denen, sofern sie auf Schildern oder Gebäuden erscheinen, für den Verkehr der Sachhinweis auf ein Dienstleistungsangebot im Vordergrund steht. Dies wird auch durch Teile der von der Antragsgegnerin selbst als Anlage 1 zum Schriftsatz vom 2. Juli 2004 vorgelegten Fotografien belegt. So ergibt sich etwa aus Blatt 45 dieser Anlage, dass das Wort „POST“ in einer Reihe mit anderen typisierten Waren- und Dienstleistungsangeboten wie z. B. Bekleidung, Reisen, Telekommunikation, Schuhe verwendet wird. Dasselbe lässt sich den im Straßenverkehr verwendeten Hinweisschildern entnehmen, wie

sie u. a. auf den Blättern 1, 2, 6, 44, 47 und 49 der Anlage 1 abgebildet sind. Sie alle belegen keine markenmäßige Verwendung des Wortes „POST“.

Es bestehen ferner erhebliche Zweifel daran, dass die glaubhaft gemachte Verwendung des Wortes „POST“ durch die Antragsgegnerin selbst in oder an Gebäuden, in denen sie ihre Postdienstleistungen erbringt, eine markenmäßige Benutzung dieses von Haus aus glatt beschreibenden Begriffs darstellt. Aus den insoweit eingereichten Unterlagen ist nämlich ersichtlich, dass die Antragsgegnerin das Wort „POST“ zur eindeutigen Unternehmenskennzeichnung und betrieblichen Unterscheidung von anderen Postdienstleistungsunternehmen regelmäßig nicht ohne weitere kennzeichnende Zusätze, sondern nur innerhalb von Gesamtbegriffen, wie der Bezeichnung „Deutsche Post (AG)“, oder zusammen mit weiteren, eine betriebliche Unterscheidung ermöglichenden Bestandteilen, wie der Abbildung eines Posthorns (mit oder ohne Zusatz von gegenläufigen Pfeilen) und/oder ihrer – bereits durch ihre Rechtsvorgänger etablierten - Hausfarbe „gelb“ benutzt hat. Des Weiteren bestehen erhebliche Zweifel daran, ob die glaubhaft gemachte Benutzung des Wortes „POST“ innerhalb der von der Antragsgegnerin seit der Privatisierung des Postwesens verwendeten Firma „Deutsche Post AG“ geeignet ist, die markenmäßige Benutzung der angegriffenen Marke für die registrierten Dienstleistungen zu belegen. Zwar kann sich eine Marke grundsätzlich auch in Folge der Benutzung als Teil einer anderen eingetragenen Marke im Verkehr durchsetzen (EuGH GRUR 2005, 763, 764, Nr. 30 - Nestlé/Mars). Aus der Tatsache der Eintragung, Benutzung oder Bekanntheit eines komplexen Zeichens kann jedoch nicht ausnahmslos ohne Weiteres auf eine der Eintragung vorangegangene selbständige markenmäßige Benutzung und die Verkehrsdurchsetzung jedes einzelnen Teils eines mehrteiligen Zeichens geschlossen werden. Ein solcher Schluss ist nach Überzeugung des Senats bei einem komplexen Zeichen, das erst durch die Zusammenfügung aller Bestandteile den Eindruck einer Marke erweckt, nicht zulässig (Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Auflage, § 14 Rdn. 393 m. w. N.), Nichts Anderes gilt bei einer mehrgliedrigen Unternehmensbezeichnung wie der Bezeichnung „Deutsche Post AG“. Erst recht kommt ein solcher Schluss nicht in

Betracht, wenn es sich bei dem betreffenden Zeichenbestandteil um ein Wort handelt, das in Alleinstellung nur eine rein waren- und dienstleistungsbeschreibende Gattungsbezeichnung darstellt.

b. Letztlich bedarf jedoch die Frage, ob die Antragsgegnerin die angegriffene Marke vor ihrer Eintragung tatsächlich als Marke für die registrierten Dienstleistungen benutzt hat, keiner abschließenden Entscheidung; denn jedenfalls sind die Ergebnisse der vor dem Eintragungszeitpunkt durchgeführten Verkehrsbefragungen nicht geeignet, den Nachweis zu erbringen, dass sich das Wort „POST“ in den beteiligten Verkehrskreisen als Marke für die registrierten Dienstleistungen bereits durchgesetzt hatte.

Die Frage, ob eine Marke in Folge ihrer Benutzung als Marke Verkehrsdurchsetzung i. S. d. § 8 Abs. 3 MarkenG erlangt hat, ist auf Grund einer Gesamtschau der Gesichtspunkte zu beantworten, die zeigen können, dass die Marke die Eignung erlangt hat, die fraglichen Waren und/oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Leistungen damit von den Leistungen anderer Unternehmen zu unterscheiden (EuGH MarkenR 1999, 189 ff., Rdn. 54 – Chiemsee; BGH a. a. O., Nr. 20 - LOTTO). Dabei kann für die Feststellung des im Einzelfall erforderlichen Durchsetzungsgrads nicht von festen Prozentsätzen ausgegangen werden, auch wenn die untere Grenze für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung im Regelfall nicht unterhalb von 50% angesetzt werden kann. Handelt es sich jedoch um einen Begriff, der die fragliche Dienstleistung ihrer Gattung nach glatt beschreibt, kommt eine Verkehrsdurchsetzung erst bei einem deutlich höheren Durchsetzungsgrad in Betracht. Bei dessen Bestimmung ist auch der spezifische Charakter der Bezeichnung, deren Durchsetzung geltend gemacht wird, zu berücksichtigen (EuGH a. a. O., Nr. 50 - Chiemsee). Der Bundesgerichtshof geht insoweit - anders als das von der Antragsgegnerin eingereichte Rechtsgutachten vom 26. Juli 2004 (S. 50 ff.) - nicht nur bei geografischen Herkunftsangaben, sondern auch bei anderen glatt beschreibenden Angaben von der Notwendigkeit einer nahezu einhelligen Verkehrs-

durchsetzung aus (BGH MarkenR 2004, 31 – Kinder; a. a. O. Nr. 20 – LOTTO). Diese Rechtsauffassung legt auch der Senat seiner Entscheidung zugrunde.

In einer Situation, in der ein Dienstleister auf Grund einer Monopolstellung eine bestimmte Leistung als einziger anbietet, ist außerdem auch besonders darauf zu achten, ob der Verkehr, der die von Haus aus für die Dienstleistung beschreibende Angabe mit dem Angebot des Monopolisten identifiziert, diese Bezeichnung nach dem Wegfall der Monopolstellung als einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der angebotenen Leistung betrachtet, mit anderen Worten, ob der für eine Verkehrsdurchsetzung erforderliche Bedeutungswandel von einem beschreibenden Sachhinweis zu einer Marke mit Herkunftsfunktion vollzogen ist (EuGH a. a. O. - Chiemsee - Nr. 47 und 50). Bietet im Wesentlichen nur die Markeninhaberin die fraglichen Dienstleistungen an, so liegt es nämlich nahe, dass der Verkehr die beschreibende Angabe mit diesem Anbieter in Verbindung bringt, ohne darin zugleich einen Herkunftshinweis zu sehen (BGH a. a. O. Nr. 18 – LOTTO, unter Bezugnahme auf BGHZ 30, 357, 365 – Nährbier).

Dieser Grundsatz ist nach Ansicht des Senats nicht nur in den Fällen zu beachten, in denen aktuell noch ein Angebotsmonopol besteht, sondern ist darüber hinaus auch für Fälle wie den vorliegenden von Bedeutung, in denen über viele Jahrzehnte hinweg durchgehend ein Monopol bestanden hat, das erst wenige Jahre vor der Eintragung der Marke nach und nach teilweise aufgehoben worden ist; denn die Auffassung des Verkehrs, die die Einordnung eines Begriffs als beschreibende Angabe oder als Hinweis auf ein einzelnes Unternehmen bestimmt, ist bis zu dessen Beendigung zunächst vollständig durch das vorangegangene jahrzehntelange Monopol geprägt und ändert sich nicht kurzfristig. Vielmehr ist erfahrungsgemäß davon auszugehen, dass eine langjährige Monopolstellung das Verständnis und die Einordnung von Begriffen noch eine nicht unerhebliche Zeit nach dem Ende des Monopols maßgeblich beeinflusst. Von einem weitgehenden Fortbestand der durch das Postmonopol geprägten Verkehrsanschauung bis zum Eintragungszeitpunkt - und darüber hinaus bis zur vorliegenden Entscheidung

über den Löschungsantrag - ist in Bezug auf die im Streit stehende Bezeichnung „POST“ schon deshalb auszugehen, weil dieses Monopol im Bereich der Beförderung privater Post noch nicht vollständig aufgehoben worden ist.

aa. Unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten rechtlichen Grundsätze, des Umstands, dass es sich bei dem Begriff „POST“ für die fraglichen Dienstleistungen um eine von Haus aus glatt beschreibende Gattungsbezeichnung handelt, und der teils noch bestehenden und im Übrigen noch nicht lange zurückliegenden Monopolstellung der Antragsgegnerin bei der Erbringung der fraglichen Dienstleistungen sowie der dadurch geprägten Verkehrsanschauung bedurfte es für die Feststellung einer Verkehrsdurchsetzung des Wortes „POST“ des Nachweises einer nahezu einhelligen Verkehrsbekanntheit als Marke, der durch die Ergebnisse der Verkehrsbefragungen vom Mai 2000 und vom November/Dezember 2002 nicht erbracht ist.

„Einhellig“ ist gleichbedeutend mit „einmütig“ und „ausnahmslos“ (Internet-Wortschatzlexikon der Universität Leipzig, <http://wortschatz.uni-leipzig.de>). Einhellige Verkehrsdurchsetzung bedeutet daher, dass eine Angabe im Verkehr ohne Ausnahme als Marke verstanden wird. Eine nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung erfordert einen Durchsetzungsgrad, der einer einhelligen Verkehrsdurchsetzung nahe kommt und nur einen unbedeutenden rechnerischen Abschlag von dieser zulässt. Der insoweit noch hinnehmbare Abschlag ist jedenfalls bei den im B...-Gutachten vom Mai 2000 und im A...-Infratest-Gutachten vom November/Dezember 2002 ausgewiesenen Zuordnungswerten von 71,1% bzw. 84,6% der maßgeblichen Gesamtbevölkerung deutlich überschritten.

bb. Darüber hinaus begegnet aber auch die Ermittlung der vorstehend aufgeführten Zuordnungsgrade durchgreifenden Bedenken. Die Auswertung eines von einer Partei beigebrachten demoskopischen Gutachtens unterliegt im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes der freien Beweiswürdigung durch das Gericht (Ströbele/Hacker a. a. O, § 8 Rdn. 356; Fezer/Peifer, UWG, 1. Auflage, § 5

Rdn. 474). Hierbei sind Antworten auf gestützte Fragen wegen der mit ihnen verbundenen größeren Gefahr einer Suggestivwirkung besonders sorgfältig zu prüfen und zu bewerten. Aber auch der Wortlaut der gestellten Fragen und die Bewertung der Antworten ist im Rahmen der freien Beweiswürdigung einer Überprüfung durch das Gericht zugänglich.

#### B...-Gutachten vom Mai 2000

Der in diesem Gutachten ausgewiesene Grad der Zuordnung des Wortes „POST“ zu einem einzelnen Unternehmen von 71,1% innerhalb der maßgeblichen Gesamtbevölkerung beruht auf einer Fragestellung, die lenkend Einfluss auf die Antworten der seinerzeit Befragten genommen hat und deshalb nicht zur Begründung einer Verkehrsdurchsetzung herangezogen werden kann. Den in Betracht kommenden Verkehrskreisen ist eine Karte mit dem Wort „POST“ vorgelegt worden. In diesem Zusammenhang sind sie danach befragt worden, ob ihnen „dieser Name“ bekannt sei und ob „dieser Name“ auf ein ganz bestimmtes Unternehmen oder auf mehrere verschiedene Unternehmen hinweise. Durch diese Art der Fragestellung ist - zumindest unterschwellig - ein Verständnis des Wortes „POST“ als Name eines Unternehmens nahegelegt worden, das gleichzeitig von einem Verständnis dieses Wortes als Bezeichnung einer Dienstleistungsgattung wegführt. Diese leitende Fragestellung ist als umso problematischer anzusehen, als in der gesamten Befragung die Möglichkeit, das Wort „POST“ - auch oder ausschließlich - als Sammelbegriff für Briefe, Karten etc. bzw. irgendein „Postamt“ oder eine „Postannahmestelle“ zu verstehen und zu benennen, nicht vorgesehen worden ist. Dieser Umstand muss dazu führen, dass von dem als Ergebnis ausgewiesenen Zuordnungsgrad von 71,1% deutliche, jedoch nicht näher bezifferbare Abzüge vorzunehmen sind, die zu einem Durchsetzungsgrad von deutlich unter 70% führen, der für den Nachweis einer nahezu einhelligen Verkehrsdurchsetzung erst recht nicht ausreicht.

A...-Infratest-Gutachten November/Dezember 2002

In diesem Gutachten begegnet weniger die Fragestellung als vielmehr die Zurechnung einzelner vorgegebener Antwortmöglichkeiten zu Gunsten der Antragsgegnerin durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Es mag in diesem Bereich der Befragung, in dem nur ganz allgemein der Grad der Bekanntheit des Wortes „POST“ festgestellt werden sollte, noch vertretbar sein, wenn unter Vorlage einer Karte mit dem Wort „Post“ in Frage 1 danach gefragt worden ist, woran der/die Befragte denke, wenn er/sie die Bezeichnung „Post“ sehe oder höre, und sodann unter Einbeziehung von Antworten wie „Unternehmen für Brief-/Paket-Zustellung, Logistik (ohne Post)“, „Paket-Post“, „Paket-Dienst“, „Brief-Post“ daraus der Schluss gezogen worden ist, 67,8% der Bevölkerung (ab 14 Jahren) verbänden mit der Bezeichnung „POST“ bereits spontan die Deutsche Post, entweder mit ihrer jetzigen Unternehmensbezeichnung oder mit der des früheren deutschen Staatsunternehmens oder mit Dienstleistungen, die der Deutschen Post zuzuordnen seien. Festzuhalten bleibt jedoch für dieses Befragungsstadium, dass - bei Abzug der vorstehend im Einzelnen aufgeführten Antworten - die Zahl der Antwortenden, die das Wort „Post“ spontan als Bezeichnung des Unternehmens der Antragsgegnerin oder eines ihrer Tochterunternehmen verstanden haben, deutlich unter 50% liegt. Eine genaue Feststellung des prozentualen Umfangs der entsprechenden Antworten ist auf Grund des Umstands, dass Mehrfachangaben derselben Person jeweils nur einmal gezählt worden sind, nicht möglich. Auch eine aussagekräftige Differenzierung danach, welcher Teil der befragten Verkehrsteilnehmer in dem Wort „POST“ eine Unternehmensbezeichnung und welcher Teil darin nur eine Gattungsbezeichnung für Postgut oder Postdienste sieht, lässt sich den Antworten auf diese erste Frage nicht entnehmen. Die oben im Einzelnen aufgeführten Antworten wie „Paket-Post“, „Paket-Dienst“, aber auch die Antwort „An (die) Post (ohne weiteren Zusatz)“, sind für sich genommen nicht eindeutig genug, um als Indiz für die Bekanntheit des Unternehmens der Antragsgegnerin gewertet werden zu können.

Tatsächlich nicht nachvollziehbar und aus Rechtsgründen zu beanstanden ist aber vor allem, in welchem Umfang die Antworten auf die Fragen 4 und 5 der Befragung in den ausgewiesenen Zuordnungsgrad von 84,6% eingerechnet worden sind.

Hierbei ist von dem Rechtsgrundsatz auszugehen, dass nur eine für den Anmelder (hier: die Antragsgegnerin) festgestellte Verkehrsdurchsetzung den Anforderungen des § 8 Abs. 3 MarkenG genügt (EuGH a. a. O. - Philips/Remington, Nr. 65). In jedem Fall negativ und dem Anmelder (hier: der Antragsgegnerin) nicht zuzurechnen sind deshalb Angaben, die die betreffende Marke einem ausdrücklich benannten anderen Unternehmen zuordnen, das in keiner rechtlichen oder tatsächlichen Verbindung zum Anmelder steht (BGH a. a. O., 1043 - Kinder; GRUR 2004, 514, 516 - Telekom). Hiervon ausgehend sind die Antworten derjenigen Befragten, die die Bezeichnung „Post“ der Postbank oder einem anderen Bankunternehmen bzw. der Telekom oder einem anderen Telekommunikationsunternehmen zuordnen, die zum Eintragungszeitpunkt nicht Teil der Antragsgegnerin waren, entgegen dem Gutachten nicht in den maßgeblichen Zuordnungsgrad einzurechnen.

Im Übrigen können nur Befragungsergebnisse positiv zu Gunsten der Antragsgegnerin gewertet werden, denen hinreichend deutlich zu entnehmen ist, dass die Befragten in der angemeldeten Marke einen Hinweis auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb sehen. Insoweit sind, was die Deutlichkeit eines Verständnisses als Unternehmenshinweis betrifft, Zweifel in erster Linie an der Zurechnung der Antworten „Paket-Dienst“ und „Unternehmen für Brief-/Paket-Zustellung, Logistik (ohne Post)“ angebracht, die ihrem Inhalt nach kein Verständnis des Antworten als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen offenbaren. Ferner ist der Antwort „Sonstiges“ nicht zu entnehmen, ob es sich hierbei ganz oder teilweise um Antworten handelt, die auf ein anderes, mit der Antragsgegnerin nicht verbundenes Unternehmen eines Dritten hindeuten könnten. Im Ergebnis sind daher von dem bei der Auswertung der Frage 4 ermittelten Durchsetzungsgrad von 80,6% zumindest 2,2% abzuziehen, so dass sich danach noch ein Zuordnungsgrad von 78,4% ergibt, den der Senat unter Berücksichtigung der dargestellten Besonder-

heiten des Falles erst recht nicht für ausreichend erachtet, um eine Verkehrsdurchsetzung des Wortes „POST“ nachzuweisen.

Soweit in dem zur Befragung im November/Dezember 2002 erstellten Gutachten auf Grund der Antworten auf die Fragen 5 bis 10 B von einer weiteren Steigerung des Zuordnungsgrades ausgegangen worden ist, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Der Personenkreis, an den die Frage 5 gerichtet wurde, sieht die Bezeichnung „POST“ als Kennzeichen mehrerer unterschiedlicher Unternehmen an. Dass und ggf. inwieweit dieser Personenkreis seine Auffassung nach der Frage 5 revidiert haben könnte und die Bezeichnung „POST“ ausschließlich der Antragsgegnerin oder einem mit ihr verbundenen Unternehmen zugeordnet haben könnte, ist den im Gutachten ausgewiesenen Antworten auf die Frage 5 nicht zu entnehmen, weil zu dieser Frage Mehrfachangaben möglich waren, die nicht im Einzelnen aufgeschlüsselt worden sind. Die Antworten auf die übrigen, unter ausdrücklicher Nennung der Antragsgegnerin gestellten Fragen hält der Senat schon wegen der mit dieser Nennung verbundenen Suggestivwirkung auf die Befragten zum Nachweis eines höheren Zuordnungsgrades für ungeeignet.

3. Das festgestellte Schutzhindernis besteht auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag fort (§ 50 Abs. 2 S. 1 MarkenG).

Das Wort „POST“ stellt auch gegenwärtig noch eine für die registrierten Dienstleistungen glatt beschreibende Angabe dar (vgl. auch: Büscher in FS für Eike Ullmann, S. 129 ff., 138). Seiner Eintragung steht aus den bereits dargestellten Gründen auch weiterhin zumindest das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen.

Die zur Glaubhaftmachung einer markenmäßigen Benutzung ergänzend als Anlage B 10 zum Schriftsatz vom 25. Oktober 2006 vorgelegten Unterlagen aus dem Zeitraum nach der Eintragung der Marke können den Nachweis einer Benutzung der Marke als Marke für die registrierten Dienstleistungen nicht erbringen. Sie zei-

gen eine Verwendung des Wortes „POST“ sowie der Bezeichnungen „Deutsche Post (AG)“, „Deutsche Bundespost“ bzw. „Deutsche Reichspost“ auf oder im Zusammenhang mit Modellbauartikeln und Modellbaukalendern sowie im Zusammenhang mit dem Verkauf von Briefmarken als Sammlerobjekte, nicht jedoch im Zusammenhang mit den Dienstleistungen, für die die angegriffene Marke eingetragen wurde.

Auch das auf der weiteren, im September/Oktober 2005 durchgeführten Verkehrsumfrage beruhende Gutachten von C... infratest vom Januar 2006 begegnet im Wesentlichen den gleichen rechtlichen Bedenken, wie sie für das auf den Befragungszeitraum November/Dezember 2002 bezogene Gutachten von A... infratest bereits im Einzelnen dargestellt worden sind. Allerdings ordnen, wie sich aus den Antworten auf die Frage 3 ergibt, spontan nur noch 68,7% der Befragten die angegriffene Marke einem einzigen, bestimmten Unternehmen zu, während 22,8% der Befragten der Ansicht sind, dass die Bezeichnung „Post“ auf mehrere unterschiedliche Unternehmen in Deutschland hinweist und 3,7% in dem Wort „Post“ überhaupt keinen Unternehmenshinweis sehen. Von den 68,7% der Befragten, die die angegriffene Marke nur einem Unternehmen zuordneten, haben das Wort „Post“ nur insgesamt 64,2% der Antragsgegnerin wörtlich oder sinngemäß richtig zugeordnet, wie sich aus der Zwischen-Zusammenfassung 2 des Gutachtens nach der Auswertung der Frage 9 ergibt. Da auf die weiteren ungestützten Fragen von den Befragungsteilnehmern, die das Wort „Post“ als Hinweis auf mehrere Unternehmen eingestuft hatten, Mehrfachangaben gemacht werden konnten, weisen die insoweit erzielten Befragungsergebnisse, was den Grad der Zuordnung der Bezeichnung „Post“ allein zum Unternehmen der Antragsgegnerin oder den mit ihr verbundenen Unternehmen betrifft, keine hinreichende Aussagekraft auf; denn es fehlt an einer Angabe dazu, wie viele Antworten allein auf ein einziges Unternehmen entfallen sind. Die folgenden, unter ausdrücklicher Benennung des Unternehmens der Antragsgegnerin gestellten, gestützten Fragen weisen eine so starke Suggestivwirkung auf, dass ihre Ergebnisse nicht als unbeeinflusst gelten können und deshalb bei der Berechnung des Zuordnungsgrades außer Betracht

bleiben müssen. Danach ergibt sich nach den Berechnungen des Senats zu Gunsten der Antragsgegnerin auf Grund des letzten Gutachtens insgesamt allenfalls ein an Hand der ungestützten Fragen 3, 4 und 8 zu bestimmender Zuordnungsgrad von ca. 70%, der unter den dargelegten Umständen zum Nachweis einer nahezu einhelligen Verkehrsdurchsetzung nicht ausreicht.

Aber selbst dann, wenn zu Gunsten der Antragsgegnerin trotz der aufgezeigten Suggestivwirkung, die mit gestützten Fragen verbunden ist, von dem im Gutachten angenommenen Zuordnungsgrad von 79,6% ausgegangen wird, kann hierin angesichts des glatt beschreibenden Charakters des Wortes „POST“ und der vorangegangenen langjährigen, teilweise noch andauernden Monopolstellung der Antragsgegnerin auf dem Gebiet der registrierten Dienstleistungen noch keine einen Bedeutungswandel nachweisende, nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung gesehen werden. Der Beschwerde der Antragsgegnerin muss daher der Erfolg versagt bleiben.

4. Für eine Auferlegung der Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Antragsgegnerin gemäß § 71 Abs. 1 S. 1 MarkenG besteht keine Veranlassung. Die bloße Tatsache des Unterliegens rechtfertigt für sich allein keine Kostenauflegung (BGH GRUR 1972, 600, 601 - Lewapur). Angesichts der Vielzahl der tatsächlichen und rechtlichen Fragen, zu deren Erörterung das vorliegende Lösungsverfahren Anlass gibt, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegnerin in einer nach anerkannten Beurteilungsgesichtspunkten aussichtslosen oder kaum Aussicht auf Erfolg versprechenden Situation versucht hat, ihr Interesse an dem Erhalt des Markenschutzes durchzusetzen. Besondere Umstände, die eine Kostenauflegung auf Grund von Billigkeitserwägungen rechtfertigen könnten, liegen somit nicht vor.

5. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, weil es sich bei der Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit und wie lange eine frühere und teilweise noch fortbestehende Monopolstellung des Anmelders bzw. Markeninhabers, z. B. im Rahmen

der Beurteilung des spezifischen Charakters der angemeldeten bzw. angegriffenen Bezeichnung, für die Prüfung der Verkehrsdurchsetzung rechtlich von Belang ist, um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt, über die nach Auffassung des Senats - auch mit dem „LOTTO“-Beschluss des Bundesgerichtshofs (a. a. O.) - noch nicht vollumfänglich höchstrichterlich entschieden worden ist.

gez.

Unterschriften