

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen:	32 W (pat) 156/04
Entscheidungsdatum:	9. Mai 2007
Rechtsbeschwerde zugelassen:	ja
Normen:	MarkenG § 3 Abs. 2 Nr. 1-3; § 8 Abs. 3; § 50 Abs. 1 und 2; § 54

ROCHER-Kugel

1. Die Form einer Ware ist nicht nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vom Schutz ausgeschlossen, wenn ihre Gestaltung zwar auf einer technischen Lehre beruht, die mit der Form angestrebte Wirkung aber nichttechnischer, z.B. haptischer Natur ist.
2. Soll eine Marke im Wege der Verkehrsdurchsetzung in das Register eingetragen werden, so bedarf es keiner besonderen Feststellung einer Benutzung der fraglichen Marke *a/s Marke*, wenn durch eine demoskopische Erhebung belegt ist, dass der Verkehr das Zeichen in ausreichendem Maße mit einem bestimmten Unternehmen verbindet.
3. Geben bei einer demoskopischen Erhebung auffällig viele Befragte an, dass sie nicht zum angesprochenen Verkehrskreis zählen (hier: 52,4% bei Pralinen), so ist eine Kontrollfrage erforderlich, um den maßgeblichen Verkehrskreis zutreffend abzugrenzen.
4. Fehler bei der Durchführung einer demoskopischen Befragung gehen (auch) im Lösungsverfahren wegen absoluter Schutzhindernisse zu Lasten des Markeninhabers. Dieser hat daher nachzuweisen, dass die Marke gleichwohl zu Recht in das Register eingetragen (worden) ist.
5. Eine Warenform, die sich nur geringfügig von einer der Grundformen der Ware abhebt, kann nur bei (nahezu) einhelliger Verkehrsdurchsetzung eingetragen werden bzw. im Register verbleiben. Bei einem Zuordnungsgrad von 62% bzw. 67% ist eine solche (nahezu) einhellige Verkehrsdurchsetzung noch nicht erreicht.



BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 156/04

(Aktenzeichen)

Verkündet am
9. Mai 2007

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 397 35 468
(hier: Lösungsverfahren S 203/03)

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 9. Mai 2007 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie des Richters Kruppa und der Richterin Dr. Kober-Dehm

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Markenabteilung 3.4. des Deutschen Patent- und Markenamts vom 2. Juni 2004 aufgehoben.
Die Löschung der Marke 397 35 468 wird angeordnet.
2. Der Antrag der Markeninhaberin, der Antragstellerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen, wird zurückgewiesen.
3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Für die Antragsgegnerin ist im Register unter der Nummer 397 35 468 die Darstellung



als dreidimensionale durchgesetzte Marke für die Ware

„Pralinen“

eingetragen.

Die genannte Marke ist von der Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin am 26. Juli 1997 als durchgesetzte Marke angemeldet worden. Zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung hatte sie ein demoskopisches Umfragegutachten der GfK Marktforschung vom Juli 1997 vorgelegt. Darüber hinaus war von der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts über den Deutschen Industrie- und Handelstag eine Umfrage im Kreis der mit Süßwaren befassten Hersteller und Händler durchgeführt worden. Der Erstprüfer der Markenstelle hatte die Anmeldung sodann mit Beschluss vom 11. August 1999 zurückgewiesen. Die angemeldete Warenform sei auf dem Gebiet der Pralinen derart alltäglich, dass eine Eintragung nur beim Nachweis einer nahezu einhelligen Verkehrsdurchsetzung vorgenommen werden könne. Diese sei nicht erreicht, da in der vorgelegten GfK-Umfrage ein Zuordnungsgrad von lediglich 83,8 % ermittelt worden sei. Der Beschluss des Erstprüfers ist im Erinnerungsverfahren aufgehoben worden, da der nachgewiesene Zuordnungsgrad von 83,8 % ausreichend sei. Daraufhin ist die Marke am 7. August 2001 in das Register eingetragen worden.

Mit am 26. August 2003 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag hat die Antragstellerin die Löschung der Marke beantragt, da diese entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG eingetragen worden sei und die Voraussetzungen für eine Verkehrsdurchsetzung nicht glaubhaft gemacht worden seien. Das GfK-Gutachten vom Juli 1997 sei fehlerhaft erstellt worden. Dazu hat sich die Antragstellerin auf eine privatgutachtliche Stellungnahme der NFO Infratest berufen. Mit weiterem Schriftsatz vom 12. Februar 2004 hat die Antragstellerin darüber hinaus geltend gemacht, dass die Marke auch unter Verstoß gegen § 3 Abs. 2 MarkenG eingetragen worden sei.

Die Markeninhaberin hat dem an sie am 30. September 2003 abgesandten Löschungsantrag mit am 1. Dezember 2003 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Schriftsatz widersprochen und beantragt, den Löschungsantrag zurückzuweisen.

Die Markenabteilung 3.4. des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Löschungsantrag mit Beschluss vom 2. Juni 2004 zurückgewiesen.

Die Erweiterung des zunächst allein auf eine Verletzung des § 8 MarkenG gestützten Löschungsantrags auf das Schutzhindernis des § 3 Abs. 2 MarkenG sei entsprechend §§ 263, 264 ZPO als sachdienlich zuzulassen und daher nicht schon als verspätet zurückzuweisen. Die angegriffene Marke sei aber nicht unter Verstoß gegen § 3 Abs. 2 MarkenG eingetragen worden. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei das Erreichen eines bestimmten Geschmackserlebnisses nicht mit der Erreichung einer technischen Wirkung im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG gleichzusetzen. Bei der Frage des Geschmacks handle es sich um einen subjektiven Eindruck, während die technische Wirkung nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen sei. Außerdem zeigten die unterschiedlichen auf dem Markt befindlichen Pralinenformen, dass eine bestimmte Form auch nicht zwingend durch die Herstellungstechnik vorgegeben sei.

Die Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG seien durch ein noch ausreichendes Maß an Verkehrsdurchsetzung überwunden worden. Auch wenn das vorgelegte Gutachten über die Verkehrsbefragung nach seinem Aufbau und der Art der Darstellung teilweise missverständliche Aufstellungen und Zahlen enthalte, belege es einen im Ergebnis ausreichenden Durchsetzungsgrad von 73,5 %. Für eine hinreichende Verkehrsdurchsetzung sprächen auch der unter der Marke erzielte Umsatz und die Ausgaben für die Bewerbung des Produkts im Fernsehen. Da sich die beanspruchten Waren in erster Linie an Endverbraucher richteten, trete der Umstand, dass die Wettbewerber der Markeninhaberin in der von den Industrie- und Handelskammern durchgeführten Umfrage die Marke mehrheitlich nicht der Markeninhaberin zuordneten, in den Hintergrund. Ebenso wenig stehe der Bejahung einer Verkehrsdurchsetzung entgegen, dass bei der Frage, ob das Produkt nach Meinung des Befragten von einer bestimmten oder von mehreren Firmen stamme, die Antwortkategorie „Dazu kann ich nichts sagen“ gefehlt habe. Auch der Hinweis der Antragstellerin, dass eine Verkehrsdurchsetzung ausgeschlossen sei, weil die Markeninhaberin eine Monopolstellung hinsichtlich der Form der Ware habe, führe nicht zur Verneinung einer Verkehrsdurchsetzung. Der Vortrag der Antragstellerin sei insoweit widersprüchlich, da sie einerseits ein Monopol der Markeninhaberin behaupte, andererseits aber ausführe, dass es sich bei der eingetragenen Marke um eine Grundform für Pralinen handle. Im Übrigen sei eine Monopolstellung nach der zum Zeitpunkt der Entscheidung einschlägigen Rechtsprechung nicht als Ausschlussgrund für eine Verkehrsdurchsetzung anzusehen.

Gegen diese Beurteilung richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin. Sie macht geltend, dass die beiden wesentlichen und einzigen Merkmale der streitgegenständlichen Marke - nämlich die Kugelform und die „raupelige“ Oberfläche - zur Erfüllung einer bestimmten technischen Funktion erforderlich seien. Die auf technischem Wege erzielte Wirkung könne auch eine ästhetische sein und daher beispielsweise auch einen bestimmten Geschmack betreffen. Bei Pralinen sei die Erzielung eines bestimmten Geschmackserlebnisses die Hauptfunktion, da sie als

reine Genussmittel konsumiert würden. Jede Maßnahme, die das Geschmackserlebnis verändere - sei es durch Änderung der Zutaten oder der Darreichungsform - sei damit notwendigerweise funktional und technisch. Auch die Markeninhaberin stelle in ihrer Werbung darauf ab, dass der spezielle Aufbau der streitgegenständlichen Praline einschließlich ihrer „raupeligen“ Oberfläche ein bestimmtes Geschmackserlebnis vermittele. Wenn diese geschmacklichen Eigenschaften durch äußerlich wahrnehmbare Merkmale wie die Kugelform und die „raupelige“ Oberfläche hervorgerufen würden, seien auch diese äußeren Merkmale als technisch bedingt und somit gemeinfrei einzustufen. Die betreffenden Formmerkmale könnten dann zwar unter bestimmten Voraussetzungen patentfähig sein. Sie seien jedoch in keinem Fall einem im Unterschied zum Patentschutz auf Dauer angelegten Markenschutz zugänglich. Vielmehr müsse es Wettbewerbern spätestens nach Ablauf eines eventuellen Patentschutzes möglich sein, Produkte mit den gleichen geschmacklichen Eigenschaften wie diejenigen der Markeninhaberin auf den Markt zu bringen.

Darüber hinaus unterliege die geschützte Warenform als eine bei Pralinen allgemein bekannte Gestaltung jedenfalls den Schutzhindernissen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG, die nicht durch die von der Markeninhaberin geltend gemachte Verkehrsdurchsetzung überwunden worden seien. Eine erfolgreiche Verkehrsdurchsetzung scheitere schon daran, dass die Markeninhaberin das streitgegenständliche Zeichen nicht als Marke, sondern lediglich als Produktgestaltung bzw. -abbildung benutzt habe und benutze. Darüber hinaus gehe das zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung im Eintragungsverfahren vorgelegte Gutachten von einem zu engen Verkehrskreis aus. Bei Produkten wie Pralinen sei grundsätzlich auf die Gesamtbevölkerung abzustellen. Allenfalls könnten diejenigen Personen ausgenommen werden, die das Produkt prinzipiell ablehnten. Danach hätten nur 58,1 % der Befragten die korrekte Zuordnung zur Markeninhaberin vorgenommen. Das sei im vorliegenden Fall nicht ausreichend, so dass das Gutachten - unabhängig von weiteren Bedenken gegen die Richtigkeit der Verkehrsbefragung - nicht geeignet sei, eine Verkehrsdurchsetzung zu belegen. Wie hoch der Zuordnungsgrad

sein müsse, bestimme sich nach dem öffentlichen Interesse an der freien Verfügbarkeit des mit der Marke beanspruchten Gegenstandes. Eine für die entsprechende Ware typische Grundform - wie hier die von der Markeninhaberin beanspruchte Pralinengrundform - könne wie eine rein beschreibende Angabe nur bei nahezu einhelliger Zuordnung als im Verkehr durchgesetzt gelten. Der vergleichsweise geringe Zuordnungsgrad könne auch nicht durch die von der Markeninhaberin vorgelegten Angaben zu Umsatzzahlen und Werbeaufwendungen kompensiert werden. Denn diese bezögen sich nur auf ein Produkt namens „ROCHER“ des Herstellers „FERRERO“. Die Praline werde regelmäßig in verpackter Form gezeigt. Soweit sie teilweise unverpackt gezeigt worden sein sollte, sei diese Form dem Verkehr keinesfalls „als Marke“ präsentiert worden. Die Markenfunktion habe ausschließlich der Name „ROCHER“ übernommen. Was den Einfluss einer Monopolstellung auf die Frage der Verkehrsdurchsetzung angehe, habe der Europäische Gerichtshof der deutschen Rechtsprechungslinie entgegen der Auffassung der Markeninhaberin keine grundlegende Absage erteilt. Vielmehr stelle der Europäische Gerichtshof übereinstimmend mit der deutschen Rechtsprechung darauf ab, ob die Zuordnung eines Zeichens zur Markeninhaberin auf der Benutzung des betreffenden Zeichens als Marke beruhe oder nur darauf, dass der Verkehr eine bestimmte Produktkategorie nur von einem Hersteller kenne.

Die Antragstellerin beantragt,

den angefochtenen Beschluss der Markenabteilung 3.4. vom 2. Juni 2004 aufzuheben und die Löschung der Marke 397 35 468 anzuordnen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen
und

die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Antragstellerin aufzu-
erlegen.

Ihrer Auffassung nach hätte die Markenabteilung den Löschungsantrag in Bezug auf das Schutzhindernis des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG schon deswegen zurückweisen müssen, weil die Antragstellerin den hierauf gestützten Löschungsgrund erst nachträglich in das Verfahren eingeführt habe. Entgegen der Auffassung der Markenabteilung sei diese Antragserweiterung nicht als sachdienlich anzusehen, da im Rahmen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG andere Gesichtspunkte zu prüfen seien als bei der Frage einer Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG.

In der Sache macht die Markeninhaberin in Bezug auf § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG geltend, dass ein sensorisches bzw. haptisches Geschmackserlebnis nicht als technische Wirkung angesehen werden könne. Das Hervorrufen eines bestimmten Geschmackserlebnisses lasse sich nicht gleichsetzen mit einer technischen Lösung, für die Patentschutz erlangt werden könne. Im vorliegenden Fall beruhe das Geschmackserlebnis nicht auf der äußeren Gestaltung der Praline. Der Geschmack der Praline offenbare sich erst durch das Zerbeißen und Kauen und werde ausschließlich durch die Komposition verschiedener Zutaten und die Qualität dieser Zutaten zu einer abgerundeten Einheit begründet, nicht aber durch die Form der Praline. Der einzige Wert, der der Kugelform mit der „raupeligen“ Oberfläche zukomme, sei der Bekanntheitswert, der aber allein aufgrund der wirtschaftlichen Bemühungen der Markeninhaberin, nämlich durch langjährige Benutzung und Bewerbung, erreicht worden sei.

Was die Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG angehe, seien diese aufgrund der Durchsetzung der streitgegenständlichen Marke im Verkehr überwunden worden. Die Verkehrsdurchsetzung sei durch die im Verfahren vorgelegten Werbeträger, die eidesstattlichen Versicherungen der Marketingleiter und Produktmanager der Markeninhaberin zu Umsatzzahlen und Werbeaufwendungen sowie durch zwei von der Markeninhaberin in Auftrag gegebene Verkehrsbefragungen aus den Jahren 1997 (Untersuchung der GfK Marktforschung - Verkehrsbefragung ROCHER) und 2005 (Repräsentativbefragung zur Verkehrsdurchsetzung der Gestaltung der unverpackten „ROCHER“-Praline durch das Institut für Demoskopie Allensbach) belegt. Die Verkehrsbefragungen zeigten nicht nur die Bekanntheit des Produktes „FERRERO Rocher“ auf, sondern belegten auch, dass die Gestaltungsform der unverpackten Praline von den beteiligten Verkehrskreisen in erheblichem Umfang als Herstellernachweis wahrgenommen werde. Die Antragstellerin könne sich auch deshalb nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Markeninhaberin die streitgegenständliche Marke nicht „als Marke“ benutze, da die Markeninhaberin die Praline in der Werbung dem Verkehr auch unverpackt und damit in der eingetragenen Form präsentiere. Der Umstand, dass sowohl der Name des Produkts „Rocher“ als auch die goldene, die Oberfläche der Praline nachahmende „geknüllte“ Verpackung mit einem Hinweis auf das Unternehmen der Markeninhaberin verbunden würden, stehe einer kennzeichnenden Wirkung der Form nicht entgegen. Gerade bei sehr bekannten Produkten komme den verschiedenen Elementen, wie Name, Verpackung oder Form, jeweils eine eigenständige kennzeichnende Wirkung zu. Auf die Frage, ob die Markeninhaberin die von der Antragstellerin behauptete Monopolstellung habe, komme es nicht an, da nach der Rechtsprechung eine Monopolstellung der Eintragung einer Bezeichnung bzw. einer Produktform als Kennzeichnung aufgrund von Verkehrsdurchsetzung nicht entgegenstehe.

Die beiden Verkehrsbefragungen belegten einen direkten Zuordnungsgrad von 75 %. Regelmäßig würden Durchsetzungswerte von über 50 % als ausreichend angesehen. Wenn hier nun bereits im Jahr 1997 mehr als 70% des Verkehrs mit

der streitgegenständlichen Gestaltung einen Hinweis auf die Herkunft der Pralinen aus dem Unternehmen der Markeninhaberin verbänden und sich hieran bis zum Jahr 2005 nichts geändert habe, sei von (einhelliger) Verkehrsdurchsetzung sowohl zum Zeitpunkt der Anmeldung und der Eintragung als auch noch heute auszugehen.

Die vorgelegten Verkehrsbefragungen seien entgegen der Auffassung der Antragstellerin methodisch richtig entwickelt, durchgeführt und ausgewertet worden. Bei den relevanten Verkehrskreisen seien diejenigen Personen, die keine Pralinen kauften und sich auch sonst nicht mit dieser Ware befassten, zulässigerweise ausgeschlossen worden. Aber selbst bei einer Berücksichtigung auch derjenigen Befragten, die keine Pralinen kauften, ergebe sich mit 58,1 % noch ein Zuordnungsgrad von über 50 %. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sei es kein methodischer Fehler, wenn bei der Auswertung auch die Aussagen derjenigen Personen berücksichtigt worden seien, die die Praline zwar nicht kannten, diese aber dennoch einem bestimmten Unternehmen zuordneten. Im Übrigen sei es im Rahmen eines Lösungsverfahrens nicht Aufgabe der Markeninhaberin, die Verkehrsdurchsetzung nachzuweisen. Vielmehr hätte die Antragstellerin belegen müssen, dass eine Verkehrsdurchsetzung weder zum Zeitpunkt der Eintragung noch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Lösungsantrag vorgelegen habe. Dazu sei nichts vorgetragen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Die Markenabteilung hat zwar im Ergebnis zutreffend die Voraussetzungen für eine Löschung der Marke gemäß § 50 Abs. 1 i. V. m. § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG verneint. Ebenso ist sie zu Recht davon ausgegangen, dass die angegriffene

Marke von Hause aus den Schutzhindernissen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG unterliegt. Jedoch hat sie zu Unrecht angenommen, dass diese Schutzhindernisse überwunden seien, weil sich die Marke nach § 8 Abs. 3 MarkenG in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt habe.

1. Die angegriffene Marke ist nicht unter Verstoß gegen § 3 Abs. 2 MarkenG in das Register eingetragen worden.

Nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist, vom Schutz ausgeschlossen. Dadurch soll verhindert werden, dass am Patentrecht mit seinen besonderen Schutzanforderungen und (insbesondere auch zeitlichen) Schutzgrenzen vorbei technische Lösungen oder Gebrauchseigenschaften einer Ware im Wege des Markenrechts monopolisiert und damit Mitbewerber daran gehindert werden, ihre Waren mit ebendiesen technischen Lösungen oder Eigenschaften zu versehen (vgl. BGH GRUR 2006, 679, 681 - Porsche Boxter; GRUR 2004, 502, 504 - Gabelstapler II; GRUR 2004, 506 - Stabtaschenlampen II; 507, 508 f. - Transformatorenhäuser). Um dem Bedürfnis der Mitbewerber, sich im schutzrechtsfreien Stand der Technik ungehindert betätigen zu können, gerecht zu werden, sind nach der Auslegung, die die Bestimmung durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erfahren hat, nicht nur Warenformen, die ausschließlich aus technisch notwendigen Merkmalen bestehen, vom Markenschutz ausgeschlossen, sondern alle Warenformen, deren wesentliche Merkmale eine technische Funktion erfüllen, ohne dass es darauf ankommt, ob sich die gleiche technische Wirkung auch unter Verwendung anderer Formen erreichen lässt (EuGH GRUR 2002, 804, 809 [Nr. 81 ff.] - Philips; BGH GRUR 2006, 588, 591 [Nr. 18] - Scherkopf). Weist dagegen die Form wesentliche (d. h. für ihren Gesamteindruck wesentliche) Merkmale auf, die keiner technischen Funktion zugeschrieben werden können, greift § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht ein (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 3 Rdn. 97).

Nach diesen Grundsätzen war die angegriffene Marke nicht bereits nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen. Die Antragstellerin weist zwar zutreffend darauf hin, dass die Schaffung einer Form, die als solche lediglich das ästhetische Empfinden anspricht, auf einer technischen Lehre beruhen kann, die einem Patentschutz grundsätzlich zugänglich ist (vgl. BGH GRUR 1966, 249, 250 - Suppenrezept; Mitt. 1972, 235 - Rauhreifkerze; Busse/Keukenschrijver, Patentgesetz, 6. Aufl., § 1 Rn. 45 m. w. N.). Darum geht es aber hier nicht. Zunächst ist insoweit klarzustellen, dass der durch die bestimmte Form einer Praline vermittelte Sinneseindruck kein geschmacklicher, sondern nur ein haptischer Eindruck sein kann, der durch entsprechende Nervenzellen im Mund des Konsumenten wahrgenommen wird, auch wenn sich dieser haptische Eindruck mit der Geschmackswahrnehmung oft vermischt. Schon aus diesem Grund erübrigen sich Überlegungen zu einer etwaigen Technizität und Patentierbarkeit der Rezeptur und des Aufbaus einer solchen Praline, zumal aus der Form nichts über die innere Beschaffenheit der beanspruchten Praline hergeleitet werden kann. Davon abgesehen betrifft der Ausschlussgrund des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht Formen, die unter Anwendung potentiell einem Patentschutz zugänglicher Lehren geschaffen worden sind, sondern nach seinem klaren Wortlaut solche Formen, die *selbst* eine technische Funktion erfüllen bzw. der Erreichung einer technischen Wirkung dienen. Die *Form* ist es, die eine *technische Wirkung* oder Funktion aufweisen muss. Das Verfahren zur Herstellung der Form ist dagegen im Rahmen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG belanglos; es wird in vielen Fällen einen technischen Charakter aufweisen, worauf es aber nicht ankommt. Der technische Charakter des Herstellungsverfahrens kann allenfalls im Rahmen des § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG eine Rolle spielen, nämlich dann, wenn das im Warenverzeichnis der Marke genannte Produkt aus technischen Gründen immer nur gerade in der beanspruchten Form hergestellt werden kann. In diesem Fall wäre die Produktform durch die Art der Ware selbst bedingt (vgl. hierzu Senatsbeschl. v. 15.2.2006, 32 W (pat) 308/03 - Russisches Schaumgebäck). Im vorliegenden Fall kann selbstverständlich keine Rede davon sein,

dass Pralinen aus technischen Gründen immer nur in der beanspruchten Form hergestellt werden könnten. Das behauptet auch die Antragstellerin nicht. Die beanspruchte Form selbst aber dient nicht der Erreichung einer technischen Wirkung (wie z. B. der besseren Handhabbarkeit der Ware, besserer Haltbarkeit oder dergleichen), sondern der Herbeiführung eines im weitesten Sinne ästhetischen, nämlich haptischen Empfindens.

Soweit das Vorbringen der Antragstellerin demgegenüber dahin zu verstehen sein sollte, dass sie zwar nicht den nichttechnischen Charakter dieses haptischen Empfindens in Frage stellen möchte, aber meint, dass dies nicht den technischen Charakter der Form selbst ausschließt, führt auch dies nicht weiter. Denn es trifft zwar zu, dass auch die Form einer Praline auf einer technischen Lehre beruhen und insofern technischen Charakter haben kann. Richtig ist ebenfalls, dass der nichttechnische Charakter des durch die Form vermittelten ästhetisch-haptischen Erlebnisses die Technizität der Form selbst und ihre potentielle Patentierbarkeit nicht berührt. Nach dem - wie gesagt - klaren Wortlaut des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind aber nur solche Formen ausgeschlossen, die der Erreichung einer technischen Wirkung dienen. Die Wirkung selbst muss technischer Natur sein. Dies ist hier nicht der Fall, weil die Wirkung der Pralinenform, also das ästhetisch-haptische Empfinden, das sie auslöst, nicht dem Bereich der Technik zugeschrieben werden kann.

Damit kommt als Ausschlussgrund allenfalls § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG in Betracht. Danach sind einem Schutz als Marke solche Zeichen nicht zugänglich, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht. Das mag z. B. bei einem sog. Handschmeichler der Fall sein. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG indessen nicht erfüllt. Der wesentliche Wert der hier beanspruchten Waren, nämlich Pralinen, liegt in ihrem Geschmack. Dieser aber hängt wesentlich von der Rezeptur ab, nicht von der Form. Die äußere Gestaltung einer Praline kann daher unter dem Gesichtspunkt des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG nur

mittelbar insoweit Bedeutung erlangen, als sie Rückschlüsse auf Geschmack bzw. Rezeptur des Produkts zulässt. Hierüber kann man der angegriffenen Marke aber nicht viel entnehmen. Zwar lässt sich aus der braunen Farbe schließen, dass die geschützte Pralinenform mit einer unterschiedlich dicken Schokoladenschicht überzogen ist. Des Weiteren kann man aufgrund der raupeligen Oberfläche annehmen, dass die Praline aus Kokos-, Nuss- oder sonstigen Raspeln bzw. Stückchen besteht oder zumindest mit solchen ummantelt ist (s. dazu unten Nr. 2a)). Alles Weitere bleibt aber offen, so dass sich letztlich allein anhand der Form nicht beurteilen lässt, wie die so gestaltete Praline schmeckt. Damit scheidet auch § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG aus.

Nach alledem greift der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund des § 3 Abs. 2 MarkenG nicht durch, so dass dahinstehen kann, ob die Antragstellerin dieses Schutzhindernis nachträglich in das Verfahren einführen konnte (wogegen freilich nach Auffassung des Senats aus den von der Markenabteilung angeführten Gründen keine durchgreifenden Bedenken bestehen).

2. Wie die Markenabteilung zutreffend angenommen hat, standen und stehen der angegriffenen Marke (von Hause aus) das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) und das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen.

a) Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Produkte eines Unternehmens gegenüber den Produkten anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Denn Hauptfunktion der Marke ist es, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren zu gewährleisten. Durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist geklärt, dass an die Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die lediglich die Form der beanspruchten Ware(n) selbst darstellen,

keine höheren Anforderungen gestellt werden dürfen als bei anderen, insbesondere auch den herkömmlichen Markenformen wie Wort- oder Bildmarken (EuGH GRUR 2003, 514, 517 [Nr. 49] - Linde, Winward u. Rado; EuGH GRUR Int. 2006, 842, 844 [Nr. 24] - Form eines Bonbons II). Damit ist indessen noch nichts darüber gesagt, wie hoch diese allgemein geltenden Anforderungen anzusetzen sind. Der Bundesgerichtshof geht insoweit in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein großzügiger Maßstab anzulegen sei. Jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reiche aus, um das Schutzhindernis zu überwinden (vgl. z. B. BGH GRUR 2004, 502, 504 - Gabelstapler II; GRUR 2006, 679, 681 [Nr. 16] - Porsche Boxter). Der Europäische Gerichtshof hat demgegenüber mehrfach eine strenge und vollständige, nicht auf ein Mindestmaß beschränkte Prüfung von absoluten Schutzhindernissen angemahnt, um eine ungerechtfertigte Eintragung von Marken zu verhindern (EuGH GRUR 2003, 604, 608 [Nr. 59] - Libertel; GRUR 2004, 674, 680 [Nr. 123] - Postkantoor). In der Entscheidung „DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT“ hat er einen „großzügigen“ Beurteilungsmaßstab sogar explizit abgelehnt (EuGH GRUR 2004, 1027, 1030 [Nr. 45]).

Letztlich kann jedoch dahinstehen, welcher Prüfungsmaßstab anzulegen ist, weil der angegriffenen Marke auch bei Anlegung des vom Bundesgerichtshof geforderten großzügigen Maßstabs die Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehlt.

Wie nämlich der Europäische Gerichtshof betont hat, ist es bei dreidimensionalen Warenformmarken im Allgemeinen schwieriger, die erforderliche Unterscheidungskraft festzustellen als beispielsweise bei traditionellen Wort- oder Bildmarken (EuGH GRUR 2003, 514, 517 [Nr. 48] - Linde, Winward u. Rado). Denn gewöhnlich schließen die Durchschnittsverbraucher nicht aus der Form der Ware auf deren Herkunft (vgl. EuGH GRUR Int. 2004, 631, 633 [Nr. 38] - Dreidimensionale Tablettenform I; GRUR

Int. 2005, 135, 137 [Nr. 30] - Maglite; GRUR Int. 2006, 226, 227 [Nr. 28] - Standbeutel; GRUR Int. 2006, 842, 844 [Nr. 25] - Form eines Bonbons II). Auch der Bundesgerichtshof geht bei dreidimensionalen Marken, die lediglich die Form der Ware darstellen, davon aus, dass solchen Marken auch bei Anlegung eines großzügigen Prüfungsmaßstabs im Allgemeinen die erforderliche (konkrete) Unterscheidungskraft fehlt. Die dreidimensionale naturgetreue Wiedergabe eines der Gattung nach im Warenverzeichnis genannten Erzeugnisses sei häufig nicht geeignet, die Ware ihrer Herkunft nach zu individualisieren (BGH GRUR 2004, 329, 330 - Käse in Blütenform; GRUR 2004, 507, 509 - Transformatorengehäuse). Gehe die Form über die Verkörperung eines lediglich beschreibenden Begriffsinhalts hinaus und zeichne sie sich durch besondere Gestaltungsmerkmale aus, sei zu prüfen, ob der Verkehr darin nur bloße Gestaltungsmerkmale sehe oder ob er sie als Herkunftshinweis verstehe. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Verkehr in einer bestimmten Formgestaltung nur dann einen Herkunftshinweis sehen werde, wenn er diese Form nicht einer konkreten anderen Funktion der Ware oder ganz allgemein dem Bemühen zuschreibe, ein ästhetisch ansprechendes Produkt zu schaffen (BGH GRUR 2001, 418, 419 f. - Montre; GRUR 2003, 332, 334 - Abschlussstück; GRUR 2004, 329, 330 - Käse in Blütenform, GRUR 2006, 679, 681 [Nr. 17] - Porsche Boxter).

Dies darf zwar nicht dazu führen, dass für Warenformmarken ein erweitertes Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG aufgestellt wird (vgl. BGH GRUR 2004, 502, 504 - Gabelstapler II). Andererseits weist der Europäische Gerichtshof aber in nunmehr ständiger Rechtsprechung darauf hin, dass die Eignung einer Warenform zur betrieblichen Herkunftskennzeichnung nur bejaht werden kann, wenn die Form eine erhebliche Abweichung von der Norm oder der Branchenüblichkeit aufweist (EuGH GRUR 2004, 428, 431 [Nr. 49] - Henkel; GRUR Int. 2004, 631, 634 [Nr. 39] - Dreidimensionale Tablettenform I; GRUR Int. 2004, 635, 638 [Nr. 37] - Dreidimensionale Tablettenform II; GRUR Int. 2004, 639, 643 [Nr. 37]

- Dreidimensionale Tablettenform III; GRUR Int. 2005, 135, 137 [Nr. 31]
- Maglite; GRUR Int. 2006, 226, 227 [Nr. 31] - Standbeutel; GRUR Int. 2006, 842, 844 [Nr. 26] - Form eines Bonbons II). Denn nur bei einer solchen erheblichen Abweichung ist es dem Durchschnittsverbraucher möglich, die betreffende Ware (allein) anhand ihrer Form ohne analysierende und vergleichende Betrachtungsweise von Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (EuGH GRUR 2004, 428, 431 [Nr. 53] - Henkel). Auch wenn für den Verkehr nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gerade bei Lebensmitteln in einer bestimmten Formgebung ein Herkunftshinweis eher nahe liegen mag (BGH GRUR 2004, 329, 330 - Käse in Blütenform), so kann im vorliegenden Fall eine ausreichende Unterscheidungskraft nicht festgestellt werden.

Pralinen werden seit langem in den verschiedensten Formen angeboten. Dabei lässt sich nicht feststellen, dass der Verkehr auf dem vorliegenden Warengbiet daran gewöhnt ist, mit der Form der Ware eine bestimmte Herkunftsvorstellung zu verbinden, wie dies z. B. für den Bereich der Kraftfahrzeuge angenommen worden ist (vgl. BGH GRUR 2006, 679, 681 [Nr. 18] - Porsche Boxster). Auch die Markeninhaberin hat eine solche Verkehrsübung nicht behauptet. Bei dieser Ausgangslage müsste die streitige Pralinenform nach den dargelegten Grundsätzen zumindest ein Merkmal aufweisen, das sie nicht nur als eine weitere Variante im vorhandenen Formenschatz erscheinen lässt, sondern sie bei aller gegebenen Vielfalt als etwas Individuelles heraushebt und kennzeichnet. Dafür ist nichts ersichtlich.

Der Gesamteindruck der angegriffenen Formmarke wird zum einen durch die Kugelform und zum anderen durch die „raupelige“ Oberfläche bestimmt. Mit der Kugelform greift die angegriffene Marke auf eine geometrische Grundform zurück, die auf dem vorliegenden Warengbiet vielfach eingesetzt wird, so z. B. bei Mozart-Kugeln, Rumkugeln sowie bei der Pralinen-

gattung „Trüffel“. Zum zweiten Formmerkmal, der raupeligen Oberfläche, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dadurch die Grundform der Kugel nur unwesentlich abgewandelt wird. Die Kugelform dominiert den Gesamteindruck auch unter Berücksichtigung der Oberflächengestaltung. Außerdem sind derartige Oberflächenformen - wenn auch nicht nachweislich bei Pralinen, so doch bei diesen nahestehenden Waren - im Verkehr allgemein bekannt. Sie finden sich z. B. häufig und seit jeher bei Kokosplätzchen, aber auch - wenngleich etwas gröber - auf dem ebenfalls allgemein bekannten „Bienenstich“, bei Streuselkuchen und dergleichen mehr (vgl. zur Berücksichtigung nahestehender Warenggebiete bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft von Formmarken EuGH GRUR 2006, 233, 234 [Nr. 32, 33] - Standbeutel). Vor diesem Hintergrund muss davon ausgegangen werden, dass der angesprochene Verkehr die konkrete Oberflächengestaltung der kugelförmigen Praline nicht als herkunftsindividualisierendes Formmerkmal auffasst, sondern allein dem Umstand zuschreibt, dass die so beschaffene Pralinenkugel aus Nuss-, Kokos- oder sonstigen -raspeln oder -stückchen besteht oder zumindest mit solchen Raspeln (Stückchen) ummantelt ist, worüber sich dann noch ein Schokoladenüberzug erstreckt.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass die streitige Form von einer der Grundformen für Pralinen beherrscht wird, die sich lediglich durch die Oberflächengestaltung von dieser Grundform abhebt. Diese Oberflächengestaltung wiederum lässt sich zwanglos und naheliegend auf die Verwendung bestimmter üblicher, wenngleich nicht abschließend spezifizierbarer Zutaten zurückführen. Eine solche einfache Kombination bekannter Formelemente, die nur wenig über die Grundform selbst hinausgeht, ist nicht geeignet, die streitige Form als mehr denn als bloße weitere Variante in einem reichlich vorhandenen Formenschatz erscheinen zu lassen. Damit aber fehlt ihr jeder (auch noch so geringe) herkunftsindividualisierende Gehalt (vgl. EuGH GRUR Int. 2006, 842, 844 [Nr. 29] - Form eines Bonbons II).

- b) Die angegriffene Formmarke unterliegt darüber hinaus auch einem Freihaltebedürfnis im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist davon auszugehen, dass eine Marke, die lediglich die äußere Form der von ihr erfassten Ware(n) wiedergibt, einen merkmalsbeschreibenden Charakter aufweist, nämlich die äußere Gestaltung der Ware beschreibt (BGH GRUR 2006, 679, 682 [Nr. 21] - Porsche Boxter). Dabei ist in Anbetracht der Einfachheit der Form, die - wie dargelegt - nur wenig über die Grundform der Kugel hinausgeht, von einem erheblichen Interesse der Allgemeinheit auszugehen, die streitige Form frei benutzen zu dürfen.
3. Die angegriffene Marke hätte nicht als durchgesetzte Marke in das Register eingetragen werden dürfen, da das im Eintragungsverfahren zur Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 3 MarkenG) vorgelegte Material entgegen der Auffassung der Markenabteilung hierfür nicht ausreichend war.
- a) Der Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung kann allerdings nicht entgegengehalten werden, dass die Antragsgegnerin die geschützte Pralinenform nicht als Marke benutzt habe.

Die Antragstellerin weist zwar zutreffend darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs der Erwerb von Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 3 Abs. 3 MarkenRL, der inhaltlich der Verkehrsdurchsetzung des deutschen Rechts entspricht, voraussetzt, dass die betreffende Marke als Marke benutzt worden ist. Der Europäische Gerichtshof hat dieses Erfordernis zunächst in einem Fall herausgearbeitet, in dem die vermeintliche Verkehrsdurchsetzung während der Zeit eines immaterialgüterrechtlich geschützten Produktmonopols erlangt worden war (vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 808 [Nr. 64] - Philips). Er verlangt die Erfüllung dieses Kriteriums aber mittlerweile ganz generell in Verkehrsdurchset-

zungsfällen (vgl. EuGH GRUR 2005, 763, 764 [Nr. 26] - Nestlé/Mars; GRUR Int. 2006, 842, 845 [Nr. 61] - Form eines Bonbons II).

Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird - jedenfalls in den sogenannten Monopolfällen - seit langem gefordert, dass bei der Befragung der beteiligten Verkehrskreise eindeutig geklärt werden müsse, ob der Verkehr das betreffende Zeichen dem Unternehmen nur aufgrund der - rechtlich gesicherten oder auch nur faktischen - Monopolsituation zurechne oder ob er davon ausgehe, das Unternehmen bediene sich des Zeichens zur Unterscheidung von möglichen gleichen Erzeugnissen anderer Unternehmen (vgl. BGH GRUR 1960, 83, 86 - Nährbier; GRUR 1964, 621, 623 - Klemmbausteine I; GRUR 1968, 419, 423 feuerfest I; GRUR 1965, 146, 147 f. - Rippenstreckmetall II; aus neuerer Zeit BGH GRUR 2006, 760, 762 [Nr. 18] - LOTTO). Verkehrsvorstellungen, die lediglich auf mangelndem Wettbewerb oder eingefahrenen Wettbewerbsstrukturen beruhen, seien irrelevant (vgl. BGH GRUR 2005, 423, 426 - Staubsaugerfiltertüten). Solche Erwägungen könnten auch in sonstigen Fällen naheliegen, in denen der Markencharakter eines Zeichens fraglich erscheint, wie z. B. bei einer dreidimensionalen Warenform der vorliegenden Art.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber zunächst darauf, dass die Ansätze des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs nicht vollständig übereinstimmen. Die Feststellung einer Benutzung des fraglichen Zeichens als Marke im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs beruht im Wesentlichen auf einer rechtlichen Bewertung, wogegen der Bundesgerichtshof dasselbe Problem auf der tatsächlich-demoskopischen Ebene gelöst sehen will. Dabei erscheint der demoskopische Ansatz zunächst insofern problematisch, als es wohl Schwierigkeiten bereitet, eine insoweit geeignete Fragestellung zu finden (vgl. den Versuch in BPatG GRUR 2004, 685, 691 - LOTTO und hierzu die Kritik von Pflüger, GRUR 2004, 652, 657).

Davon abgesehen bestehen nach Auffassung des Senats auch sonst Bedenken gegen das Erfordernis einer Benutzung als Marke ebenso wie gegen das Erfordernis einer besonderen Klärung der Verkehrsauffassung zum Markencharakter eines Zeichens. Zwar ist es sicher richtig, dass allein die Bekanntheit des Zeichens, z. B. (und insbesondere) einer Produktform noch nichts über dessen Herkunftshinweisfunktion besagt (vgl. etwa BGH GRUR 1969, 541, 544 - Grüne Vierkantflasche). Darin erschöpft sich die Befragung aber nicht, sondern sie geht - wie auch im vorliegenden Fall - weiter zum Kennzeichnungs- und zum letztlich maßgeblichen Zuordnungsgrad. Hat aber ein Unternehmen - unter welchen (rechtmäßigen) Bedingungen auch immer - den Verkehr dazu gebracht, dass er das benutzte Zeichen in einem für die Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung an sich ausreichenden Maße mit dem Unternehmen verknüpft (Zuordnungsfrage), dann erfüllt das Zeichen die erforderliche Herkunftsfunktion, es hat durch Benutzung Unterscheidungskraft erlangt. Kommt ihm aber eine Herkunftshinweisfunktion zu, dann ist es eine Marke. Dies wiederum impliziert zwingend, dass es auch als Marke benutzt worden ist, denn andernfalls könnte es nicht als Herkunftshinweis verstanden werden. Es handelt sich hier um zwei Seiten derselben Münze, zwischen denen nicht differenziert werden kann. So erschiene es nicht überzeugend, einem Zeichen, das vom Verkehr im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen in hohem Maße mit einem bestimmten Unternehmen verknüpft wird (und zwar als Herkunftsstätte, denn als was auch sonst), die Anerkennung der Verkehrsdurchsetzung zu versagen, weil es nicht als Marke, d. h. als unterscheidendes Herkunftszeichen, benutzt worden sei. Aus demselben Grund ist es so schwierig, d. h. eigentlich unmöglich, auf tatsächlicher Ebene eine Fragestellung zu finden, die den vermeintlichen Unterschied zwischen der Verknüpfung des Zeichens mit einem bestimmten Unternehmen im Zusammenhang mit bestimmten Produkten einerseits und dem Markencharakter andererseits herausarbeitet. Diesen Unterschied gibt es nicht. Kurz gesagt: Die in den Umfragen gängige Ermittlung des Kenn-

zeichnungs- und des letztlich maßgeblichen Zuordnungsgrades konsumiert die Frage nach dem Markencharakter (im Ergebnis ähnlich Pflüger, GRUR 2004, 652, 656 Fn. 28 und GRUR 2006, 818, 822 unter Hinweis auf OLG Dresden GRUR-RR 2002, 257, 258 - Halberstädter Würstchen).

Die hier vertretene Auffassung erscheint im Ergebnis auch mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes vereinbar. Der Europäische Gerichtshof steht - anders als die deutsche Tradition - demoskopischen Erhebungen eher reserviert gegenüber (vgl. etwa EuGH GRUR 1999, 723, 727 [Nr. 53] - Chiemsee - und insbesondere EuGH GRUR Int. 2006, 842, 846 [Nr. 75] - Form eines Bonbons II). Das bedeutet, dass das rechtliche Kriterium der Benutzung als Marke die Funktion übernimmt, die bei der tatsächlichen Feststellung der Verkehrsauffassung durch Befragung die Kennzeichnungs- und Zuordnungsfrage übernimmt.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass es im vorliegenden Fall, in dem der Kennzeichnungs- und der Zuordnungsgrad tatsächlich festgestellt worden sind (Fragen 3 und 4 des Gutachtens vom Juli 1997) weder auf die gesonderte Feststellung einer Benutzung der Streitmarke als Marke noch darauf ankommt, dass eine besondere Frage zum Markencharakter nicht gestellt worden ist.

b) Gleichwohl kann die angegriffene Marke keinen Bestand haben, weil das im Eintragungsverfahren vorgelegte Gutachten vom Juli 1997 an Mängeln leidet, die dazu führen, dass von einer ausreichenden Verkehrsdurchsetzung nicht ausgegangen werden kann.

aa) Bei der Verkehrsbefragung der GfK Marktforschung wurden insgesamt 1.248 Personen befragt, was ausreichend erscheint (vgl. BPatG GRUR 2007, 324, 327 f. - Kinder (schwarz-rot)).

bb) Nicht zutreffend bestimmt wurden aber zunächst die maßgeblichen Verkehrskreise. Als maßgeblicher Verkehrskreis ist bei den hier in Rede stehenden Pralinen grundsätzlich die Gesamtbevölkerung anzusehen (vgl. BGH GRUR 2006, 760, 762 [Nr. 22] - LOTTO). Außer Betracht zu bleiben haben nur diejenigen Personen, die keinerlei Bezug zu Pralinen haben, diesen Waren also gänzlich desinteressiert gegenüberstehen (vgl. BGH GRUR 2006, 760, 763 [Nr. 23] - LOTTO).

(1) Frage 1 lautete: „Befassen Sie sich öfters oder gelegentlich als Käufer oder Interessent oder sonst irgendwie mit Pralinen?“ Diese Fragestellung ist zwar vom erkennenden Senat als an sich geeignet angesehen worden, den maßgeblichen Personenkreis zutreffend abzugrenzen (vgl. BPatG GRUR 2007, 324, 328 - Kinder (schwarz-rot)). Im vorliegenden Fall fällt allerdings auf, dass 52,4 % der befragten 1.248 Personen diese Frage mit „Nein“ beantwortet haben. Dieses Ergebnis hätte Zweifel wecken müssen. Denn auch wenn möglicherweise ein Teil der Bevölkerung niemals Pralinen konsumiert, so ist hier doch zu berücksichtigen, dass Pralinen als klassischer Geschenkartikel auch häufig von Personen erworben werden, die zwar selbst keine Pralinen essen, diese aber dennoch - eben um sie zu verschenken - erwerben. Angesichts der hohen Zahl derjenigen, die die Frage 1 verneint haben, war hier eine Kontrollfrage geboten, die zuverlässig nur diejenigen Befragten ausschließt, die Pralinen kategorisch ablehnen (vgl. BPatG GRUR 2007, 593, 596 - Ristorante). Bestätigt sieht sich der Senat insoweit durch die von der Antragsgegnerin vorgelegte zweite Erhebung vom Frühjahr 2005, wo bei etwas anderer Fragestellung („Wie häufig kaufen oder essen Sie selbst Pralinen? Würden Sie sagen häufig, ab und zu oder nie?“) lediglich 14 % mit „nie“ geantwortet haben. Das dürfte ein nach der Lebenserfahrung realistischer Wert sein.

(2) Dieser Mangel geht zulasten der Markeninhaberin mit der Folge, dass im Folgenden nur von den Ergebnissen ausgegangen werden kann, die sich auf die Gesamtzahl der befragten Personen (1.248) beziehen.

Die Markeninhaberin hat zwar geltend gemacht, dass es im Lösungsverfahren nicht ihr obliege, die Verkehrsdurchsetzung (noch einmal) nachzuweisen, sondern dass es Sache der Antragstellerin sei, bei Mängeln des im Eintragungsverfahren zugrunde gelegten Gutachtens das Fehlen der Verkehrsdurchsetzung zu beweisen. Daran ist zutreffend, dass in dem Abstellen auf die Gesamtzahl der befragten Personen letztlich eine Umkehrung der Beweislast liegt. Eine solche Umkehrung der Beweislast ist in Verkehrsdurchsetzungsfällen aber sowohl vom Gesetz gedeckt als auch aus Rechtsgründen geboten (a. A. BPatG GRUR 1997, 833, 835 - digital).

Der Wortlaut des § 50 Abs. 1 MarkenG lässt eine Löschung 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. Gegen die Auffassung der Markeninhaberin spricht auch, dass damit selbst grösste Eintragungsfehler einer nachträglichen (insbesondere auch gerichtlichen) Kontrolle faktisch entzogen würden. Denn regelmäßig kann der Beweis, dass eine im Wege der Verkehrsdurchsetzung eingetragene Marke in Wirklichkeit doch nicht durchgesetzt war, für den insoweit (auch) maßgeblichen, meist lange zurückliegenden Anmeldezeitpunkt (vgl. § 37 Abs. 2 MarkenG) nicht mehr erbracht 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 Anmeldung angeht. Andererseits genügt für den Erhalt der Marke mit ihrer ursprünglichen Priorität schon der Nachweis einer nachträglichen Verkehrsdurchsetzung

zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG; vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 50 Rn. 6). Diesem Nachweis stehen in der Regel keine tatsächlichen Hindernisse entgegen. Problematisch sind somit nur die Fälle, in denen eine zum Anmelde- und Eintragungszeitpunkt (vielleicht) 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 Anmeldung vorgelegen habe. Gegen eine solche Verteilung der (objektiven) Beweislast könnte zwar 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 kann jedoch nicht auch in denjenigen Fällen gelten, in denen den Anmelder – wie insbesondere im Verkehrsdurchsetzungsverfahren – eine gesteigerte Mitwirkungsobliegenheit trifft.

Es hat somit dabei zu verbleiben, dass im Folgenden nur die Ergebnisse berücksichtigt werden können, die sich auf die Gesamtheit der befragten Personen beziehen.

cc) Frage 2 lautete: „Ich habe hier in Originalgröße die Abbildung einer Praline, von der die Verpackung entfernt wurde. Kennen Sie die hier abgebildete Praline?“ Diese Frage wurde von 90,3 % derjenigen, die die Frage 1 bejaht hatten, mit „ja“, von den anderen zu 57,1 % mit „ja“, insgesamt zu 72,9 % mit „ja“ beantwortet.

Im Anschluss an diese „Bekanntheitsfrage“ wurde der Kennzeichnungsgrad mit folgender Frage 3 abgefragt: „Kommt diese Praline Ihrer Meinung nach immer nur von einer ganz bestimmten Firma oder kommt sie von mehreren verschiedenen Firmen oder kommt sie überhaupt nicht von einer bestimm-

ten Firma, sondern wird hier lediglich die übliche Gestaltung einer Praline abgebildet?“ Hierzu weist das Gutachten folgende Ergebnisse aus:

(Vorgaben)	Gesamt	Frage 1		Frage 2	
		Ja	Nein	Ja	Nein
Die abgebildete Praline kommt immer nur von einer ganz bestimmten Firma	929 74.4	497 83.8	431 66.0	830 91.3	99 29.2
Die abgebildete Praline kommt von mehreren verschiedenen Firmen	125 10.0	53 8.9	72 11.0	48 5.3	77 22.7
Die abgebildete Praline kommt überhaupt nicht von einer bestimmten Firma, sondern es wird lediglich die übliche Gestaltung einer Praline abgebildet	194 15.5	43 7.3	150 23.0	31 3.4	163 48.1

Dazu ist zunächst zu bemerken, dass die Fragestellung zu 3) zwar dem üblichen Muster nachgebildet ist (vgl. den Fragebogen der Richtlinie Markenmeldungen vom 13.6.2005, BIPMZ 2005, 245, 255). Dieses passt aber für Warenformmarken der vorliegenden Art so nicht. Insoweit ist zutreffend darauf hingewiesen worden, dass die genannte Fragestellung bei Vorlage der physisch präsenten Ware (gleiches gilt, wenn, wie hier, die Abbildung der Ware vorgelegt wird) dazu verleitet, mit „ja“ zu antworten. Denn die präsente oder abgebildete Ware kann naturgemäß immer nur von einem einzigen Hersteller stammen (vgl. Würtenberger, GRUR 2007, 239 in Anmerkung zu BGH GRUR 2007, 235 - Goldhase). Dieser Fehler wirkt sich aber - wie sich aus dem folgenden ergibt - im Ergebnis nicht stark zu Lasten der Markeninhaberin aus.

Des Weiteren ergibt sich aus der Tabelle zu Frage 3, dass zu der ersten Antwortalternative in der Rubrik „Gesamt“ ein Wert von 74,4 % ausgewiesen ist. Es hatten aber nur 72,9 % aller Befragten angegeben, dass sie die gezeigte Praline kennen. Die Antragstellerin hat insoweit zutreffend vorgetragen, dass diejenigen, die die Praline nicht kannten, aber trotzdem

Frage 3 mit „ja“ beantwortet haben, nur geraten haben können, also nicht mitgezählt werden dürfen (vgl. Bl. 1 der privatgutachtlichen Stellungnahme Pflüger, LöA Bl. S 3). Richtigerweise müssen somit bei Frage 3 die mit „830“ angegebenen Personen berücksichtigt werden, die die Frage 2 mit „ja“ beantwortet hatten (= Kenner). Diese 830 Personen sind aus den zu bb) ausgeführten Gründen auf die Gesamtheit von 1.248 Personen zu beziehen, was einen Prozentwert von 66,5 ergibt.

dd) Die „Zuordnungsfrage“ 4: „Können Sie mir eventuell auch noch den Namen dieser Firma oder des Produkts sagen?“ brachte folgende Ergebnisse:

	Gesamt	Frage 1		Frage 2	
		Ja	Nein	Ja	Nein
(Freie Antworten)					
Ja, und zwar:					
	759	458	301	749	9
	60.8	77.1	46.0	82.4	2.7
Rocher, Ferrero Rocher*	485	304	182	484	2
	38.9	51.1	27.8	53.2	0,5
Ferrero*	243	140	104	237	7
	19.5	23.5	15.9	26.0	2.0
Raffaello	5	2	3	5	-
	0.4	0.4	0.4	0.6	-
Trumpf, Edle Tropfen	5	2	4	5	-
	0.4	0.3	0.6	0.6	-
Lindt	4	4	-	4	-
	0.3	0.7	-	0.4	-
Mon Cheri	23	12	10	23	-
	1.8	2.1	1.6	2.5	-
Sprengel	1	-	1	-	1
	0.1	-	0.1	-	0.2
Sonstige	5	1	5	5	-
	0.4	0.1	0.7	0.6	-

Nein, weiß ich nicht/K.A.	170 13.6	40 6.7	131 20.0	81 8.9	90 26.5
Nicht befragt (vgl. Frage 3)	319 25.6	96 16.2	223 34.0	79 8.7	240 70.8
Summe	1261 101.1	600 101.1	661 101.1	923 101.5	338 100.0
Basis (100 %)	1248	594	654	909	338
*Ferrero/Ferrero Rocher (Nettower)	725 58.1	441 74.3	283 43.3	716 78.8	8 2.5

Zugunsten der Antragsgegnerin sind hier zunächst die 716 Personen zu zählen, die sich bei Frage 2 als „Kenner“ bezeichnet hatten und - unter Bereinigung von Mehrfachnennungen - „Ferrero/Ferrero Rocher“ genannt haben. Ebenfalls zugunsten der Antragsgegnerin sind die 81 Personen zu zählen, die mit „nein, weiß ich nicht“ geantwortet oder keine Angabe gemacht haben. 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 2007, 324, 328 - Kinder (schwarz-rot); GRUR 1997, 833, 835 – digital; BPatGE 17, 127, 133 – CFC). Nicht zu berücksichtigen sind dagegen diejenigen, die die Marken „Raffaello“ und „Mon cheri“ genannt haben. Dabei handelt es sich zwar um Produkte der Markeninhaberin. Insoweit wurden aber etwaige Mehrfachnennungen nicht herausgerechnet. Zugunsten der Markeninhaberin sind aber noch die 25 Personen zu zählen, die auf Frage 5 - bereinigt - „Ferrero/Ferrero Rocher“ geantwortet haben. „Nicht-wisser“ sind dagegen bei Frage 5 nicht zu berücksichtigen, da es insoweit dabei bleibt, dass diese Befragten das Zeichen mehreren Unternehmen zuordnen. Insgesamt sind damit 822 Antworten zugunsten der Markeninhaberin zu werten, was bezogen auf die Gesamtzahl der Befragten einem Prozentwert von 65,8 entspricht.

ee) Dieser Wert ist noch um die Fehlertoleranz zu kürzen (vgl. BPatG GRUR 2007, 324, 329 - Kinder (schwarz-rot)), die sich aus der diesem Beschluss beigefügten Fehlertoleranztafel ergibt (die Tafel war Gegenstand der mündlichen Verhandlung und den Beteiligten bekannt). Demnach ist bei 1.248 Befragten und einer Bejahungsquote von 65,8 % ein Abzug von 3,8 % zu machen.

ff) Im Ergebnis ist daher von einem gesicherten Zuordnungsgrad von lediglich 62 % auszugehen. Das reicht nicht aus.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs darf für die Feststellung des im Einzelfall erforderlichen Durchsetzungsgrades nicht von generellen und abstrakten Angaben, wie bestimmten Prozentsätzen, ausgegangen werden (EuGH GRUR 1999, 723, 727 [Nr. 52] - Chiemsee; BGH GRUR 2006, 760, 762 [Nr. 20] - LOTTO). Allerdings kann - sofern nicht besondere Umstände eine abweichende Beurteilung rechtfertigen - die untere Grenze für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung regelmäßig nicht unterhalb von 50 % angesetzt werden (BGH GRUR 2001, 1042, 1043 - REICH UND SCHÖN; GRUR 2006, 760, 762 [Nr. 20] - LOTTO; BPatG GRUR 2007, 593, 596 - Ristorante). Bei glatt beschreibenden Angaben kommen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Verkehrsdurchsetzung und damit ein Bedeutungswandel von einem ursprünglich nicht als betriebliche Herkunftskennzeichnung zu bewertenden Zeichen zu einer Marke mit der Eignung zur betrieblichen Herkunftsunterscheidung erst bei einem deutlich höheren Durchsetzungsgrad in Betracht. So ist der Bundesgerichtshof für die Durchsetzung des Wortzeichens „Kinder“, das die Abnehmerkreise der mit dieser Marke beanspruchten Süßwaren glatt beschreibt, unter Berufung auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach nach der Art der fraglichen Bezeichnung zu unterscheiden sei (EuGH GRUR 1999, 723, 727 [Nr. 50] - Chiemsee) von der Notwendigkeit einer „nahezu einhelligen“ Verkehrsbe-

kanntheit ausgegangen (BGH GRUR 2003, 1040, 1044 - Kinder). Ebenso hat er bei dem Begriff „LOTTO“ als glatt beschreibende Angabe einen Durchsetzungsgrad von „weit“ bzw. „erheblich über 50%“ verlangt (BGH GRUR 2006, 760, 762 [Nr. 21, 24] - LOTTO). Das Bundespatentgericht hat hinsichtlich der Bezeichnung „POST“ Zuordnungsgrade von 71,1 %, 79,6 % und 84,6 % für die wegen des Charakters der Bezeichnung als an sich schutzunfähige Angabe geforderte einhellige Verkehrsdurchsetzung nicht für ausreichend erachtet (Beschl. v. 10. April 2007, 26 W (pat) 24/06 - POST - zur Veröffentlichung vorgesehen). Entsprechendes muss nach Auffassung des Senats bei dreidimensionalen Marken gelten, wenn sie lediglich die oder eine Grundform der Ware zum Gegenstand haben oder - wie hier - nur unwesentlich über eine solche Grundform hinausgehen (vgl. Ströbele in Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 8 Rn. 332; a. A. Niedermann, GRUR 2006, 367, 369).

Eine nähere Festlegung dazu, wann eine (nahezu) *einhellige* Verkehrsdurchsetzung zu bejahen ist, haben bisher weder der Europäische Gerichtshof noch der Bundesgerichtshof getroffen. Nach dem Sprachgebrauch ist „einhellig“ gleichbedeutend mit „einmütig“, „einstimmig“, „übereinstimmend“, „ausnahmslos“, „generell“ oder „hundertprozentig“ (Duden - Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl., Stichwort: einhellig; Internet-Wortschatzlexikon der Universität Leipzig, <http://wortschatz.uni-leipzig.de>).

In der demoskopischen Literatur wird allerdings die Auffassung vertreten, dass „einhellige Verkehrsdurchsetzung“ keinesfalls einen Durchsetzungsgrad von 100 % bedeuten könne. Auf der dritten Stufe, wo es - nach der Abfrage der Bekanntheit und des Kennzeichnungsgrades - um die Zuordnung des Zeichens zu einem bestimmten Unternehmen gehe, sei eine „einhellige Verkehrsbekanntheit“ demoskopisch überhaupt nicht mehr erreichbar. Allenfalls auf der ersten Stufe bei der Frage nach der allgemeinen Bekanntheit eines Zeichens könnten in Ausnahmefällen Werte von 100 % er-

reicht werden. Regelmäßig ergäben sich aber auf jeder einzelnen Stufe (weitere) „Weiß-nicht“-Angaben, weil es immer Personen gebe, die sich zur jeweiligen Frage nicht äußern könnten oder wollten. Die Addition dieser „Weiß-nicht“-Werte auf den verschiedenen Ebenen ergebe Werte von 20 % oder mehr, so dass eine Verkehrsdurchsetzung von mehr als 80 % nicht erreichbar sein dürfte (Pflüger Mitt. 2007, 259, 266; GRUR 2006; 818, 820; GRUR 2004, 652, 653; Niedermann GRUR 2006, 367, 369). Diese Ausführungen können jedoch nicht überzeugen. Es wird nämlich übersehen, dass bei der letztlich entscheidenden Zuordnungsfrage auch die „Weiß-nicht“-Antworten zugunsten des Anmelders gezählt werden. Vom vorher abgefragten Kennzeichnungsgrad sind zu Lasten des Anmelders nur solche Antworten abzuziehen, die das Zeichen explizit einem anderen Unternehmen zuordnen. Das aber bedeutet, dass auch auf der dritten Befragungsstufe (nahezu) „einhellige“ Durchsetzungswerte durchaus erreichbar sind.

Im vorliegenden Fall war eine solche (nahezu) einhellige Zuordnung aber nicht erreicht. Ein gesicherter Zuordnungsgrad von - wie ausgeführt - 62 % kann insoweit nicht als ausreichend angesehen werden. Zwar existieren - wie ausgeführt - keine höchstrichterlichen Vorgaben dazu, ab wann von einer (nahezu) einhelligen Durchsetzung auszugehen ist. Sieht aber immerhin ein Drittel der beteiligten Verkehrskreise (hier mangels besserer Erkenntnisse aller Befragten) in dem Zeichen keine Marke, kann von einer (nahezu) einhelligen Durchsetzung nach Auffassung des Senats nicht gesprochen werden.

An dieser Beurteilung vermögen auch die nachträglich im Lösungsverfahren beigebrachten Unterlagen, die sich (auch) auf den Zeitpunkt vor der Anmeldung der Streitmarke beziehen, nichts zu ändern.

Zwar sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs bei der Feststellung, ob eine Marke infolge ihrer

Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat, sämtliche Gesichtspunkte zu prüfen, die zeigen können, dass die Marke die Eignung erlangt hat, die betreffende Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware damit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Dabei können neben dem Charakter des Zeichens auch der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität und die Dauer der Benutzung sowie der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke berücksichtigt werden (EuGH GRUR 1999, 723, 727 [Nr. 49 - 51] - Chiemsee; GRUR 2002, 804, 808 [Nr. 60] - Philips; BGH GRUR 2006, 760, 762 [Nr. 20] - LOTTO).

Die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen eines Marketingleiters und einer Produktmanagerin der Markeninhaberin zur Marktposition sowie zu den Umsätzen und den Werbeausgaben (auch) in der Zeit vor der Anmeldung und Eintragung der Streitmarke (LöA Bl. S 37 f.; GA Anlage 5 zum Schriftsatz vom 17.3.2006) sind im vorliegenden Fall allerdings nicht geeignet, eine Verkehrsdurchsetzung gerade der streitgegenständlichen Marke zu belegen. Denn diese Marke hat eine bloße Warenform zum Gegenstand, die naturgemäß nie isoliert, sondern nur im Zusammenhang mit weiteren Kennzeichen, hier den Wortzeichen „Rocher“ und „Ferrero“, benutzt worden ist. Bei dieser Sachlage kommt als Nachweis, dass der Verkehr auch die beanspruchte Warenform selbst als Herkunftshinweis auffasst, nur ein deskopisches Gutachten in Betracht, das sich auf die isolierte Warenform bezieht (Ströbele in Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rdn. 334). Soweit sich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Gemeinschaftsmarkenrecht Gegenteiliges entnehmen lassen sollte (vgl. EuGH GRUR Int. 2006, 842, 846 [Nr. 75] - Form eines Bonbons II), ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei, sofern - wie hier - eine nationale Marke betroffen ist, im Wesentlichen um eine Frage des - nicht harmonisierten - Markenverfahrensrechts handelt (Ströbele in Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rdn. 334; EuGH GRUR 1999, 723, 727 [Nr. 53] - Chiemsee).

4. Die Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG sind auch nicht durch eine nachträgliche Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag überwunden (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG), so dass die Streitmarke auch unter diesem Gesichtspunkt nicht im Register verbleiben kann.

Die vorgelegten Unterlagen mit Angaben zur Marktposition sowie zu den Umsatzzahlen und Werbeausgaben für die Zeit nach der Eintragung der Marke müssen aus den schon dargelegten Gründen außer Betracht bleiben. Relevant ist letztlich allein das in diesem Zusammenhang vorgelegte weitere Gutachten des Instituts für Demoskopie Allensbach vom Frühjahr 2005.

Diese Umfrage begegnet jedoch schon deshalb rechtlichen Bedenken, weil Gegenstand dieser Umfrage nicht die hier zu beurteilende Marke in ihrer eingetragenen Form war. Vielmehr sollten die Interviewer das damit gekennzeichnete Produkt vor Ort einkaufen und für das Interview ausgepackt vorbereiten. Wie das genau vorgegangen ist und was die (232!) Interviewer den befragten Personen tatsächlich präsentiert haben, ist nicht ersichtlich. Ob das Gutachten deshalb unverwertbar ist, kann indessen dahinstehen. Denn das Gutachten vom Frühjahr 2005 vermeidet zwar die oben unter Ziff. 3b) aufgezeigten Mängel der Umfrage vom Juli 1997. Die ermittelten Durchsetzungswerte reichen aber für die Anerkennung der erforderlichen (nahezu) einhelligen Verkehrsdurchsetzung ebenfalls nicht aus. Denn aus der maßgeblichen Tabelle 5b (S. 15) ergibt sich lediglich ein positiver Zuordnungsgrad zur Markeninhaberin von 66 %. Dazu kommen noch 5 %, die zur Zuordnungsfrage keine Angabe machen konnten oder wollten, so dass sich ein Zuordnungsgrad von 71 % ergibt. Dieser Wert ist wiederum um die Fehlertoleranzen zu kürzen, die sich aus der anliegenden Fehlertoleranztafel ergeben. Bei 1047 Befragten ist danach ein Abzug von 4 % vorzunehmen, was zu einem letztlich maßgeblichen Zuordnungsgrad von 67 % führt. Dieses Ergebnis fügt sich zwar zwanglos zu den Ergebnissen unter oben 3) - und bestätigt damit

indirekt noch einmal die Richtigkeit der dort vorgenommenen Interpretation der Umfrage vom Juli 1997 (die leichte Steigerung von 62 % auf 67 % erklärt sich ersichtlich aus der nunmehr zutreffenden Erfassung der beteiligten Verkehrskreise). Die erforderliche (nahezu) einhellige Verkehrsdurchsetzung kann der Streitmarke aber nach wie vor nicht zugesprochen werden.

Demnach war der angefochtene Beschluss der Markenabteilung aufzuheben und die Löschung der Marke 397 35 468 anzuordnen.

5. Es bestand kein Anlass für die von der Markeninhaberin beantragte Auferlegung der Kosten des Beschwerdeverfahrens auf die Antragstellerin. Nach § 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG hat im markenrechtlichen Beschwerdeverfahren auch für den Fall des Unterliegens grundsätzlich jeder Beteiligte die ihm entstandenen Kosten selbst zu tragen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn aus Gründen der Billigkeit eine hiervon abweichende Entscheidung geboten ist (§ 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG). Besondere, von der Norm abweichende Umstände, die eine Kostenüberbürdung rechtfertigen könnten, etwa ein mit der prozessualen Sorgfalt nicht zu vereinbarendes Verhalten der Antragstellerin, sind nicht ersichtlich, was sich bereits daran zeigt, dass die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren erfolgreich war.
6. Die Rechtsbeschwerde war zuzulassen, da der Fall eine Fülle von Rechtsfragen zur Markenfähigkeit von Warenformen sowie zur Verkehrsdurchsetzung aufwirft, die weiterer höchstrichterlicher Klärung bedürfen (§ 83 Abs. 2 MarkenG).

Tabelle der Fehlertoleranzen

Formel:
$$P = p \pm t * \sqrt{2} * \sqrt{\frac{p * (100 - p)}{n}}$$

Mit: P = Anteil des Merkmals in der Grundgesamtheit

p = Stichprobenanteil des Merkmals

n = Stichprobenumfang

t = 1,96 (Sicherheitsgrad = 95%)

$\sqrt{2}$ = Designfaktor für mehrstufige Random-Route Verfahren

n =	80	100	120	150	200	250	300	500	800	1000	1100	1200	1300	1400	1500	2000	3000	5000	20000	
5 % +/-	6,8	6,0	5,5	4,9	4,3	3,8	3,5	2,7	2,1	1,9	1,8	1,7	1,7	1,6	1,6	1,4	1,1	0,9	0,4	5 % +/-
10 % +/-	9,3	8,3	7,6	6,8	5,9	5,3	4,8	3,7	2,9	2,6	2,5	2,4	2,3	2,2	2,1	1,9	1,5	1,2	0,6	10 % +/-
15 % +/-	11,1	9,9	9,0	8,1	7,0	6,3	5,7	4,4	3,5	3,1	3,0	2,9	2,7	2,6	2,6	2,2	1,8	1,4	0,7	15 % +/-
20 % +/-	12,4	11,1	10,1	9,1	7,8	7,0	6,4	5,0	3,9	3,5	3,3	3,2	3,1	3,0	2,9	2,5	2,0	1,6	0,8	20 % +/-
25 % +/-	13,4	12,0	11,0	9,8	8,5	7,6	6,9	5,4	4,2	3,8	3,6	3,5	3,3	3,2	3,1	2,7	2,2	1,7	0,8	25 % +/-
30 % +/-	14,2	12,7	11,6	10,4	9,0	8,0	7,3	5,7	4,5	4,0	3,8	3,7	3,5	3,4	3,3	2,8	2,3	1,8	0,9	30 % +/-
35 % +/-	14,8	13,2	12,1	10,8	9,3	8,4	7,6	5,9	4,7	4,2	4,0	3,8	3,7	3,5	3,4	3,0	2,4	1,9	0,9	35 % +/-
40 % +/-	15,2	13,6	12,4	11,1	9,6	8,6	7,8	6,1	4,8	4,3	4,1	3,9	3,8	3,6	3,5	3,0	2,5	1,9	1,0	40 % +/-
45 % +/-	15,4	13,8	12,6	11,3	9,8	8,7	8,0	6,2	4,9	4,4	4,2	4,0	3,8	3,7	3,6	3,1	2,5	2,0	1,0	45 % +/-
50 % +/-	15,5	13,9	12,7	11,3	9,8	8,8	8,0	6,2	4,9	4,4	4,2	4,0	3,8	3,7	3,6	3,1	2,5	2,0	1,0	50 % +/-
55 % +/-	15,4	13,8	12,6	11,3	9,8	8,7	8,0	6,2	4,9	4,4	4,2	4,0	3,8	3,7	3,6	3,1	2,5	2,0	1,0	55 % +/-
60 % +/-	15,2	13,6	12,4	11,1	9,6	8,6	7,8	6,1	4,8	4,3	4,1	3,9	3,8	3,6	3,5	3,0	2,5	1,9	1,0	60 % +/-
65 % +/-	14,8	13,2	12,1	10,8	9,3	8,4	7,6	5,9	4,7	4,2	4,0	3,8	3,7	3,5	3,4	3,0	2,4	1,9	0,9	65 % +/-
70 % +/-	14,2	12,7	11,6	10,4	9,0	8,0	7,3	5,7	4,5	4,0	3,8	3,7	3,5	3,4	3,3	2,8	2,3	1,8	0,9	70 % +/-
75 % +/-	13,4	12,0	11,0	9,8	8,5	7,6	6,9	5,4	4,2	3,8	3,6	3,5	3,3	3,2	3,1	2,7	2,2	1,7	0,8	75 % +/-
80 % +/-	12,4	11,1	10,1	9,1	7,8	7,0	6,4	5,0	3,9	3,5	3,3	3,2	3,1	3,0	2,9	2,5	2,0	1,6	0,8	80 % +/-
85 % +/-	11,1	9,9	9,0	8,1	7,0	6,3	5,7	4,4	3,5	3,1	3,0	2,9	2,7	2,6	2,6	2,2	1,8	1,4	0,7	85 % +/-
90 % +/-	9,3	8,3	7,6	6,8	5,9	5,3	4,8	3,7	2,9	2,6	2,5	2,4	2,3	2,2	2,1	1,9	1,5	1,2	0,6	90 % +/-
95 % +/-	6,8	6,0	5,5	4,9	4,3	3,8	3,5	2,7	2,1	1,9	1,8	1,7	1,7	1,6	1,6	1,4	1,1	0,9	0,4	95 % +/-

Beispiel: Eine Stichprobe vom Umfang n = 1.000 liefert einen Anteil von 85% Sparkontenbesitzern. Aus der Tabelle entnimmt man die Fehlergrenze +/- 3,1. Mit einer Wahrscheinlichkeit von 95% liegt dann der wahre Wert in der Grundgesamtheit bei 85% +/- 3,1, d.h. zwischen 81,9 und 88,1.