



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 92/04

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am:
26. Juni 2007

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 399 70 457

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. April 2007 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde Markeninhaberin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Marke 399 70 457

Melissengeist

ist am 24. August 2001 für die Waren „Arzneimittel, nämlich Destillat aus Melisse und mindestens Angelikawurzel, Zimtrinde sowie Muskatnußsamen und mit einem Äthanolgehalt von mindestens 65% (V/V)“ in das Register als durchgesetzte Marke eingetragen worden.

Die Antragstellerin I beantragte mit Eingabe an das DPMA vom 29. Mai 2002 die Löschung der angegriffenen Marke, da sie entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG eingetragen worden sei und die Marke auch nicht verkehrsdurchgesetzt sei.

Mit Eingabe an das DPMA vom 11. Juli 2002 beantragte die Antragstellerin II die Löschung der angegriffenen Marke, da sie entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 9 MarkenG eingetragen worden sei. Die Marke sei auch nicht verkehrsdurchgesetzt.

Den der Antragsgegnerin am 12. August 2002 bzw. am 12. September 2002 zugestellten Löschungsanträgen hat diese am 8. September 2002 bzw. am 27. Oktober 2002 widersprochen.

Die Markenabteilung 3.4. des Deutschen Patent- und Markenamts (Aktenzeichen S 100/02 Lö; S 138/02 Lö) hat mit Beschluss vom 8. April 2004 die Eintragung der Marke 399 70 457 gelöscht. Kosten wurden nicht auferlegt.

Die angegriffene Marke sei entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG eingetragen worden, wobei diese Schutzhindernisse zum Zeitpunkt der Anmeldung bzw. der Eintragung und auch noch zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Löschungsanträge fortbestanden hätten. Die Eintragungshindernisse seien auch nicht durch eine Durchsetzung im Verkehr überwunden worden. Der Bezeichnung „Melissengeist“ sei für die beanspruchten Waren der Klasse 5 ein im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsgehalt zuzuordnen. Es handle sich um einen pharmazeutischen Begriff, der schon seit langer Zeit verwendet werde und alkoholwässrige Lösungen aus den Destillaten mehrerer ätherischer Öle betreffe, wobei der Anteil an Melissenblättern bzw. Melissenöl untergeordnet sei und höchstens 30 % betrage. Der Verkehr sähe in der fraglichen Bezeichnung lediglich eine Sachangabe. Im Hinblick auf die Belange der Mitbewerber bestehe zudem ein Freihaltungsbedürfnis an dieser unmittelbar beschreibenden Angabe, was der

Schutzfähigkeit ebenfalls entgegenstehe. Auch die Voraussetzungen für die Annahme der Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG lägen nicht vor. Bei der Prüfung, ob sich eine beanspruchte Kennzeichnung im Verkehr durchgesetzt habe, sei von einer Gesamtschau aller Gesichtspunkte auszugehen, die zeigen könnten, dass die Marke Unterscheidungskraft erlangt habe. Für die Bejahung der Durchsetzung in den beteiligten Verkehrskreisen bedürfe es keiner zahlenmäßigen Festlegung in demoskopischen Gutachten auf Prozentsätze über die 50+% Grenze hinaus und insbesondere auch keiner Abhängigkeit zur Bedeutung eines möglichen Freihaltungsbedürfnisses. Die Markeninhaberin habe den Begriff „Melissengeist“ nie in Alleinstellung beworben oder verwendet, sondern immer mit dem Wort „Klosterfrau“ und häufig auch mit einer graphischen Darstellung von drei Nonnen vor einem gotischen Spitzbogen. Marktanteil, Höhe der Werbeaufwendungen, Dauer der Benutzung usw. bezögen sich daher nicht auf den Bestandteil „Melissengeist“ in Alleinstellung, sondern gölten für alle verwendeten Kennzeichnungen mit dem Bestandteil „Melissengeist“. Eine markenmäßige Verwendung des Bestandteils „Melissengeist“ habe nicht nachgewiesen werden können. Vorliegend lasse sich den vorgelegten Materialien nur die Verwendung einer beschreibenden Angabe als solche entnehmen. Für ein Verständnis des Wortes „Melissengeist“ als beschreibende Angabe spreche auch die beschreibende Verwendung durch die Markeninhaberin selbst. Sie verwende das Wort „Melissengeist“ als Warenbezeichnung in den Warenverzeichnissen einiger ihrer Marken. Werde eine beschreibende Angabe nur als solche benutzt und verstanden, könne eine Verkehrsdurchsetzung nicht damit gegründet werden, dass diese beschreibende Angabe häufig mit den Produkten der Markeninhaberin in Verbindung gebracht werde, weil sie sie zwar nur als Warenbeschreibung, aber insoweit sehr intensiv und werbewirksam einsetze. Da es bereits an einer markenmäßigen Verwendung des Wortes „Melissengeist“ fehle, könne dahinstehen, ob sich die Angaben zur Verkehrsdurchsetzung auf die konkrete streitgegenständliche Marke bezögen.

Aus den gleichen Gründen sei auch der Löschungsantrag der Antragstellerin II begründet. Soweit diese dagegen ihren Löschungsantrag auf § 8 Abs. 2 Nr. 9 MarkenG beziehe, sei er nicht erfolgreich. Es handle sich bei der Kennzeichnung „Melissengeist“ nicht um eine Marke, deren Benutzung ersichtlich aus sonstigen Vorschriften im öffentlichen Interesse untersagt werden könne. Als sonstige Regelungen kämen zwar auch Regelungen des Arzneimittelgesetzes (AMG) in Betracht, jedoch stehe entgegen der Ansicht der Antragstellerin II § 8 Abs. 2 AMG der Eintragung nicht entgegen, da kein Verstoß vorliege, der sich aus der Kennzeichnung selbst in Verbindung der mit ihr gekennzeichneten Waren ergebe.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin mit dem Antrag,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Löschungsanträge zurückzuweisen. Außerdem regt sie an, gegebenenfalls die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Selbst wenn man die Bezeichnung „Melissengeist“ nicht bereits von Hause aus als schutzfähig ansehe, sei die Eintragung zu Recht erfolgt, da die Marke verkehrsdurchgesetzt gewesen sei. Die Beurteilung, ob ein Zeichen im Verkehr durchgesetzt sei, sei im Rahmen einer Gesamtschau aller Umstände vorzunehmen. Die langjährige Benutzung der Marke im ganzen Bundesgebiet, der hohe Marktanteil sowie die hohen Werbeaufwendungen reichten bereits aus, eine Verkehrsdurchsetzung anzunehmen. Es sei insoweit auch unschädlich, wenn die Bezeichnung „Melissengeist“ nicht allein auf der Verpackung angebracht sei, denn eine Sachangabe könne sich auch dann durch Benutzung als Marke durchsetzen, wenn sie in einer Kombination und nicht in Alleinstellung verwendet werde. Die erfolgte Durchsetzung werde auch durch die im Jahre 2000 und im Februar 2007 durchgeführten Verkehrsbefragungen bestätigt. Nach dem im Anmeldeverfahren der Markenstelle des DPMA vorgelegten GFK-Gutachten aus Dezember 2000 hätten 60,6 % der befragten Verkehrskreise, welche Naturheilmittel - wenn auch gele-

gentlich - kaufen oder verwenden, angegeben, dass die Bezeichnung „Melissengeist“ auf ein ganz bestimmtes Unternehmen hinweise, wobei 52 % die Bezeichnung der Markeninhaberin zugeordnet hätten und 6,3 % den Namen des Unternehmens nicht nennen konnten und insoweit keine Angaben machten. Daraus ergäbe sich eine Verkehrsdurchsetzung in Höhe von 58,3 % bei den relevanten Verkehrskreisen. Das Ergebnis des im Beschwerdeverfahren eingereichten Gutachtens aus dem Februar 2007 weise ebenfalls eine hohe Verkehrsdurchsetzung aus. Von den relevanten Verkehrskreisen, welche Gesundheitsmittel kauften oder verwendeten, hätten 59,2 % angegeben, dass die Bezeichnung auf ein bestimmtes Unternehmen hinweise. Davon hätten 50,5 % die Bezeichnung der Markeninhaberin zugeordnet. Zähle man noch die Verkehrskreise hinzu, die Melissengeist als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen sehen, ohne eine Angabe zum Inhaber der Marke machen zu können, ergäbe sich eine Durchsetzung in Höhe von 57,7 % bei den relevanten Verkehrskreisen. Die beiden Umfragen unterschieden sich darin, dass die Alternativantwort „die Bezeichnung weise bloß auf eine Sachangabe hin“ ersetzt worden sei durch „Gar kein Hinweis auf irgendein Unternehmen“. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin der Meinung sei, die Alternativantworten der Umfrage aus dem Jahre 2000 seien durch die dort gewählte Formulierung nicht korrekt gewesen, da damit die Verkehrskreise nicht erfasst worden seien, die in „Melissengeist weder ein Unternehmenshinweis noch eine bloße Sachangabe gesehen hätten, so treffe dies jedenfalls auf die zweite Umfrage aus dem Jahr 2007 nicht mehr zu. Im Übrigen sei davon auszugehen, dass die Umfragewerte im Jahr 2000 noch höher ausgefallen wären, wenn damals bereits die neue Formulierung gewählt worden sei, da die Angabe, es sei ein „Hinweis auf eine Sachangabe“ nicht bedeute, dass es sich nicht um einen Hinweis auf ein Unternehmen handle. Die Frage der Durchsetzung im Verkehr hänge auch nicht von einem eventuellen Freihaltungsbedürfnis für Mitbewerber ab. Es dürfe daher keine einhellige Durchsetzung im Verkehr gefordert werden. Eine Verkehrsdurchsetzung von annähernd 60 % sei auf jeden Fall ausreichend, um ein Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG zu überwinden. Insoweit sei auch nicht die sogenannte Fehlertoleranztafel bei den ermittelten Prozentzahlen zu

berücksichtigen, da die Toleranzen sowohl nach oben als auch nach unten gelten würden und sich somit ausgleichen. Die „Lotto“-Entscheidung des BGH spreche nicht gegen eine Verkehrsdurchsetzung, da die Fälle erhebliche Unterschiede aufwiesen. „Lotto“ sei für jedermann ein beschreibender Begriff, während Verbraucher oft nicht wüssten, um was es sich bei „Melissengeist“ handle. Außerdem habe es sich bei „Lotto“ um einen Monopolisten gehandelt. Die Anmelderin habe dagegen Wettbewerber. Im Fall der Bezeichnung „Lotto“ sei bei der Verbraucherbefragung die Fragestellung unzulässig gewesen. Im vorliegenden Fall habe die Markeninhaberin sich dagegen bei der Verbraucherbefragung an die Vorgaben der Markenstelle bzw. der Prüfungsrichtlinien gehalten. Außerdem sei der Zuordnungsgrad im vorliegenden Fall wesentlich höher als im Fall von Lotto. Auch sei der Kreis der Verkehrsbeteiligten eingeschränkter, da es vorliegend nicht auf die Allgemeinheit ankomme, sondern auf die Verkehrskreise, die Gesundheitsmittel verwendeten bzw. dies nicht kategorisch ausschließen. Da zahlreiche Verbraucher alkoholhaltigen Arzneimitteln ablehnend gegenüberstünden, seien die befragten Verkehrskreise sogar noch zu weitgehend berücksichtigt worden, so dass der Durchsetzungsgrad sogar noch höher wäre. Das von der Beschwerdegegnerin zu I im Lösungsverfahren vor der Markenstelle eingereichte Infratest-Gutachten könne die vorgelegten GfK-Gutachten nicht erschüttern.

Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin zu I beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen. Sie regt an, gegebenenfalls die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Die Bezeichnung „Melissengeist“ sei eine glatte Warenangabe und bereits seit dem 14. Jahrhundert in Gebrauch. Auch die Wortbildung, die sich an Angaben wie Himbeergeist und Birnengeist anlehne, weise auf eine glatte Warenangabe hin. Es gäbe keinen anderen bekannten Begriff, um die Ware zu bezeichnen. Einen Bedeutungswandel von einer Gattungsbezeichnung zu einer Marke der Beschwerdeführerin habe nicht stattgefunden. Die Markeninhaberin selbst verwende die

Bezeichnung beschreibend. Die von ihr getätigten Werbeaufwendungen könnten nicht der Bezeichnung „Melissengeist“ zugerechnet werden, da sie diese Bezeichnung nie in Alleinstellung verwende, sondern immer im Zusammenhang mit der Angabe „Klosterfrau“. Die von der Beschwerdeführerin vorgelegten GfK-Gutachten belegten keine Verkehrsdurchsetzung. Bei glatt beschreibenden Warennamen sei eine nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung notwendig. Dem stehe auch das Chiemseeurteil des EuGH nicht entgegen, da zwar bei der Frage, ob eine Bezeichnung durch Benutzung Verkehrsdurchsetzung erlangt habe, nicht vom Grad des Freihaltungsbedürfnisses abhängig gemacht werden dürfe, jedoch die Art der fraglichen Bezeichnung zu berücksichtigen sei. Dies sei hier von Bedeutung, da im Gegensatz zu einer geographischen Angabe wie „Chiemsee“ mit lediglich lokalem Bezug, eine Warenangabe, für die es keine Alternative gäbe, von den Wettbewerbern in herausgehobener Form verwendet werden müsse. Darüber hinaus berücksichtigten die von der Markeninhaberin eingereichten Gutachten nicht die Besonderheiten des vorliegenden Falles, wobei hinzukomme, dass als maßgebende Verkehrskreise die allgemeinen Verkehrskreise anzusehen seien, da die Waren sich prinzipiell an jeden richteten. Bei richtiger Fragestellung sei bei der allgemeinen Bevölkerung allenfalls eine Verkehrsdurchsetzung in Höhe von 36,5 % gegeben, was nicht ausreiche, die vorliegenden Schutzhindernisse zu überwinden.

Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin zu II beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Löschung sei zu Recht angeordnet worden, da die angegriffene Marke nur zur Kennzeichnung des Produkts Melissengeist unter Verwendung der Dachmarke „Klosterfrau“, dagegen nie in Alleinstellung benutzt worden sei. „Melissengeist“ bezeichne und beschreibe die Ware unmittelbar. So verwende die Markeninhaberin selbst das Wort zur Bezeichnung der Ware in den Warenverzeichnissen der Marken Nr. 795182 und 2028470. Aus der kleineren Darstellung des Wortes „Melissengeist“ im Vergleich zum Wort „Klosterfrau“ habe der Verkehr auch keinen

Anlass, „Melissengeist“ als betrieblichen Herkunftshinweis zu sehen. Soweit die Markeninhaberin von einem Durchsetzungsgrad von 61 % ausgehe, beziehe sich dies nicht auf die Gesamtbevölkerung, die als angesprochener Verkehr in die Berechnung einzubeziehen sei. Zudem werde die angegriffene Marke nicht markenmäßig, sondern als Sachangabe benutzt. Ergebe die Verkehrsbefragung, dass diese Sachangabe mit der Herstellerin in Verbindung gebracht werde, reiche dies für eine Durchsetzung, die sich auf die konkret angemeldete Marke beziehen müsse, nicht aus, wenn die Angabe wie hier nur als beschreibende Angabe in Verbindung mit der Dachmarke eingesetzt werde. Die Gutachten und die Verkehrsbefragung seien auf der Grundlage einer angeblichen Kennzeichnung für ein Arzneimittel durchgeführt worden, das es so im Handel nicht gebe.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Akten einschließlich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 12. April 2007 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Nach § 54, 50 Abs. 1 und Abs. 2 MarkenG wird eine Marke wegen Nichtigkeit gelöscht, wenn sie entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 MarkenG eingetragen worden ist und das Schutzhindernis auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung besteht.

Die Markenabteilung hat zutreffend die im Jahr 2001 eingetragene Marke 399 70 457 wegen der Eintragungshindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG gelöscht, die bereits zum Eintragungszeitpunkt bestanden haben und noch bestehen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sind diese Eintragungshindernisse weder zum Zeitpunkt der Eintragung noch zum Zeitpunkt der

Entscheidung im Wege der Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden worden.

Nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG sind Zeichen von der Eintragung ausgeschlossen, denen für die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt, oder die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können.

Die Bezeichnung "Melissengeist" ist aus dem Wort „Melisse“ und dem Begriff „Geist“ zusammengesetzt, welcher darauf hinweist, dass ein ätherisches Öl in einer wässrig-alkoholischen Lösung angeboten wird. Eines der ältesten Erzeugnisse dieser Art ist das „l'eau de Melisse des Carmes“, das aus Melisse, Zitrone, Zimt, Nelken, Muskat, Koriander und Angelikawurzel hergestellt wird (seit dem Jahr 1611 von den Karmeliterinnen der rue de Vaugirard in Paris, R. Hänsel/H. Haas, Therapie mit Phytopharmaka, 1983, 134). Der „Melissengeist“ wird nicht aus Melisse allein hergestellt, sondern aus Kräutermischungen. Es handelt sich pharmazeutisch um einen Arzneispiritus. Die Markenabteilung hat bereits belegt, dass die Angabe „Melissengeist“ eine Warenbezeichnung ist, die seit vielen Jahren verwendet wird, so dass darauf Bezug genommen werden kann. An dem Charakter als Gattungsbezeichnung ändert sich auch nichts daran, wenn allein aus der Angabe „Melissengeist“ der tatsächlich verwendete Anteil an Melissenblättern oder Melissenöl nicht erkennbar ist.

Für die Waren „Arzneimittel, nämlich Destillat aus Melisse und mindestens Angelikawurzel, Zimtrinde sowie Muskatnußsamen und mit einem Äthanolgehalt von mindestens 65 % (V/V)“ stellt die sprachübliche Wortbildung „Melissengeist“ eine Gattungsbezeichnung dar. Auch nach der Wortbildung versteht der Verkehr die Bezeichnung als Sachangabe. Selbst die Beschwerdeführerin hat die Bezeich-

nung „Melissengeist“ als Warenbegriff in den Warenverzeichnissen Ihrer 1963 bzw. 1991 angemeldeten Marken Nr. 795182 bzw. Nr. 2028470 aufgeführt, worauf die Antragsstellerin II bereits hingewiesen hatte. Ob es daneben noch Synonyme zur Bezeichnung des fraglichen Produkts gibt, etwa „Spiritus Melissaе compositus“ bzw. „Karmelitergeist“, ändert nichts daran, dass es sich bei „Melissengeist“ um eine beschreibende Warenangabe (Gattungsbezeichnung) handelt, der zudem jegliche Unterscheidungskraft fehlt (vgl. EuGH GRUR 2004, 680 - BIOMILD).

Die vorliegenden Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG sind nicht im Wege der Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden worden.

Bereits im Anmeldeverfahren wurde ein Verkehrsdurchsetzungsverfahren durchgeführt. Die Markenstelle hat jedoch zu Unrecht eine Verkehrsdurchsetzung als gegeben erachtet.

Als beteiligte Verkehrskreise sind hier neben dem Fachverkehr auch die allgemeinen Verkehrskreise zu berücksichtigen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sind nicht nur die Verkehrskreise relevant, die - sei es auch nur gelegentlich - Naturheilmittel kaufen oder verwenden, da auch alle potentiellen Abnehmer zu berücksichtigen sind und daher diejenigen, die zwar bis jetzt keine Naturheilmittel gekauft oder verwendet haben, aber künftig die fraglichen Waren erwerben könnten, zu den beteiligten Verkehrskreisen gehören (BGH GRUR 2006, 760 - LOTTO). Dabei handelt es sich um die allgemeinen Verkehrskreise, bei denen - anders als von der Beschwerdeführerin vorgeschlagen - auch nicht ein zudem unbeziffertes Personenkreis abgezogen werden darf, der die Einnahme alkoholhaltiger Arzneimittel ablehnt. Ein solcher Abzug ist zudem schon deshalb unbeachtlich, weil das vorliegende Arzneimittel nicht zwingend eingenommen werden muss, sondern - wie z. B. auf der von der Markeninhaberin eingereichten Produktverpackung unter der Angabe „Art der Anwendung“ ersichtlich ist - auch als Einreibungsmittel Verwendung finden kann.

Das im Anmeldeverfahren vorgelegte GfK-Gutachten vom Dezember 2000 rechtfertigt keine Eintragung der Bezeichnung „Melissengeist“ als Verkehrsdurchgesetzt. Es weist aus, dass 87,7 % aller Befragten (2466 Befragte) die Bezeichnung „Melissengeist“ im Zusammenhang mit frei verkäuflichen Arzneimitteln bekannt ist. 54,4 % aller Befragten gaben an, die Bezeichnung weise auf ein ganz bestimmtes Unternehmen hin (Tabelle zu Frage 2 des Gutachtens). Da nach der Tabelle zu Frage 3 des Gutachtens insgesamt 2,3 % nicht die Anmelderin sondern andere Unternehmen angaben, ergibt sich insgesamt nur ein Wert von 52,1 %. Addiert man in einer Gegenrechnung diejenigen 45,3 % aller Befragten, für die die Bezeichnung auf ein ganz bestimmtes Unternehmen hinweist und dieses mit „Klosterfrau, Klosterfrau Melissengeist bzw. MCM“ angaben zu den 7,3 % aller Befragten hinzu, die den Namen des Unternehmens, auf das die Bezeichnung ihrer Ansicht nach hinweise, nicht nennen konnten (vgl. Tabelle zu Frage 3 des Gutachtens), ergibt sich ein Durchsetzungsgrad von 52,6 %, der für die Markeninhaberin günstigstenfalls angenommen werden kann.

Würde man dabei noch die sogenannte Fehlertoleranztafel berücksichtigen, welche im vorliegenden Verfahren z. B. dem NFO Infratestgutachten beigelegt ist, und die besagt, dass bei einer Basis von 2500 Personen bei einem Anteil von 50 % bzw. 55 % eine Fehlertoleranz von 2,8 % Prozentpunkten sowohl nach unten als auch nach oben besteht, so ergibt sich ein Wert von 49,8 % bis 55,4 % bzw. von 49,3 % bis 54,9 %. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob insoweit nur der untere Grenzwert als maßgeblich für eine Verkehrsdurchsetzung angesehen werden kann (vgl. BPatG GRUR 2007,324 - Kinder), denn der generell geforderte Mindestdurchsetzungsgrad von 50 % ist nämlich, nicht nur nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH GRUR 1999, 723, - Chiemsee), sondern auch des Bundesgerichtshofs (GRUR 2006, 760 -LOTTO), nicht starr zu handhaben. Besondere Umstände können vielmehr im Einzelfall eine abweichende Beurteilung rechtfertigen.

Auch ohne Berücksichtigung der Fehlertoleranztafel reichten die erzielten Umfragewerte nicht aus, eine Verkehrsdurchsetzung festzustellen. Vorliegend besteht nämlich die Besonderheit, dass es sich bei der fraglichen Bezeichnung um die Warenbenennung selbst handelt und die Bezeichnung in der streitgegenständlichen Marke auch keinerlei graphische Ausgestaltung erfahren hat. Abgesehen davon, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei glatt beschreibenden Gattungsangaben nur eine nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung bei den beteiligten Verkehrskreisen das Schutzhindernis beseitigt (vgl. BGH GRUR 2006, 760 -LOTTO), ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die GfK-Verkehrsbefragung vom Dezember 2000 eine Reihe von Unsicherheitsfaktoren beinhaltet, welche die erzielten Umfrageergebnisse schwächen. So kann die Frage 2 der Befragung „Was meinen Sie: Weist die Bezeichnung „Melissengeist“ für frei verkäufliche Arzneimittel auf ein ganz bestimmtes Unternehmen hin oder auf mehrere verschiedene Unternehmen oder bloß auf eine Sachangabe (z. B. Beschaffenheit, Verwendungszweck, Qualität) hin oder können sie dazu nichts sagen“ zu Missverständnissen führen. Die u. a. vorgegebene Antwort „Die Bezeichnung weist auf ein ganz bestimmtes Unternehmen hin“ kann auch von denjenigen angekreuzt werden, die darin die reine Warenangabe selbst sehen und nicht nur einen Hinweis auf ihre Beschaffenheit, Verwendung und Qualität, insbesondere wenn ihnen lediglich ein Unternehmen (z. B. die Anmelderin) bekannt ist, das die Ware herstellt. Selbst wenn der Verkehr nur einen Hersteller der Ware kennt, bedeutet dies aber noch nicht, dass er die Warenangabe auch als Marke auffasst.

Dass die Fragestellungen im Rahmen von Verkehrsbefragungen zur Verkehrsdurchsetzung von reinen Warenbenennungen leicht zu Fehldeutungen der genannten Alternativen führen kann, insbesondere wenn eine Firma zwar kein Monopolist ist, aber einen erheblichen Marktanteil hat, bestätigt auch das von der Beschwerdegegnerin zu I im Lösungsverfahren vor dem DPMA eingereichte NFO Infratest Gutachten aus dem Jahr 2002. Eine nur leicht veränderte Fragestellung führte bereits zu erheblich niedrigeren Durchsetzungsgraden. So wählten bei den Gesamtbefragten nur 36,5 % die Antwort „- ist für mich Hinweis auf die Herkunft

nur aus **einem bestimmten** Unternehmen“, während 24,5 % sich für die Antwort „- ist für mich kein spezieller Unternehmenshinweis, sondern beschreibt **ausschließlich** die **Inhaltsstoffe** des Produkts“ entschieden. 16 % konnten nichts dazu sagen und 11 % wählten die Alternative „- wird meiner Meinung nach von **mehreren unterschiedlichen** Unternehmen verwendet“.

Auch das im Beschwerdeverfahren von der Beschwerdeführerin eingereichte GfK-Gutachten aus Februar 2007 belegt keine Verkehrsdurchsetzung. Danach kennen 82,4 % der Gesamtbefragten (2133 Befragte) die Bezeichnung „Melissengeist“ im Zusammenhang mit Gesundheitsmitteln. 52,1 % der Gesamtbefragten gaben an, die Bezeichnung weise auf ein ganz bestimmtes Unternehmen hin. 44,2 % der Gesamtbefragten gaben an, dass es sich bei diesem Unternehmen um „Klosterfrau, Klosterfrau Melissengeist“ handele und weitere 6,7 % konnten den Namen des Unternehmens nicht nennen. Insgesamt haben daher 50,9 % der Gesamtbefragten, angegeben, dass die Angabe auf ein bestimmtes Unternehmen hinweise, und haben die Bezeichnung der Anmelderin zugeordnet bzw. jedenfalls nicht ein anderes als das der Anmelderin gehörende Unternehmen genannt. Berücksichtigte man dabei die oben bereits erwähnte sogenannte Fehlertoleranztafel, die besagt, dass bei einer Basis von 2000 Personen bei einem Anteil von 50 % eine Fehlertoleranz von 3,2 % Prozentpunkten sowohl nach unten als auch nach oben besteht, läge der dann maßgebliche untere Wert bei 47,7 %. Bei dieser Umfrage aus 2007 ist die Alternativantwort, die Bezeichnung weise bloß auf eine Sachangabe hin durch die Antwort „Gar kein Hinweis auf irgendein Unternehmen“ ersetzt worden, so dass eine Verwirrung, ob eine Warenbenennung bloß ein Hinweis auf ihre Beschaffenheit, Verwendung und Qualität ist, entfällt und auch ausdrücklich die Antwortmöglichkeit gegeben ist, dass es sich nicht um einen Hinweis auf ein Unternehmen handele. Allerdings birgt die Frage bei einer reinen Warenbenennung insbesondere im Falle einer Marktführerschaft durch ein Unternehmen immer noch das Problem, dass die befragten Verkehrskreise bei der Frage nach dem „Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen“ annehmen, es sei nur nach der Wahrscheinlichkeit gefragt, dass das Produkt von diesem hergestellt worden sein

könnte, ohne dass die Warenbezeichnung als individualisierende Kennzeichnung von Waren dieses Unternehmens, also als Marke verstanden wird.

Auch nach der Rechtsprechung des EuGH kann eine mittels Verkehrsdurchsetzung erlangte Unterscheidungskraft nur dann angenommen werden, wenn festgestellt werden kann, 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, wobei besonders der spezifische Charakter der betreffenden Bezeichnung zu berücksichtigen ist (EuGH GRUR 199, 723, 727 - Chiemsee).

Handelt es sich - wie hier - um die Bezeichnung der Warengattung ist die positive Feststellung, dass sie nur eine Ware aus einem bestimmten Unternehmen kennzeichnet, mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, die sich noch potenzieren, wenn die fragliche Bezeichnung nie eigenständig als Marke verwendet worden ist. Diese Schwierigkeiten führen zu Ungenauigkeiten bei der Verkehrsbefragung, wie die unterschiedlichen Ergebnisse der jeweils vorgelegten Umfragen zeigen, so dass die erzielten Umfrageergebnisse nicht schematisch übernommen werden können.

Doch selbst wenn man die für die Beschwerdeführerin günstigste Befragung betrachtet, reicht ein Durchsetzungsgrad von allenfalls knapp über 50 % bei den allgemeinen Verkehrskreisen, bei der vorliegenden reinen Gattungsbezeichnung nicht aus, das Schutzhindernis zu überwinden, selbst wenn man noch keine nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung bei den beteiligten Verkehrskreisen fordert.

Auch bei der gebotenen Gesamtbewertung aller Erkenntnisse, also auch der bezüglich Dauer und Art der Benutzung, Marktanteil, Umsatz und Werbeaufwand, der im vorliegenden Fall allerdings sehr geringen Zahl von Fehlzuordnungen zu konkret anderen Unternehmen sowie des Umstands, dass es sich bei der Bezeichnung „Melissengeist“ um die reine sachliche Produktbezeichnung handelt,

lässt sich eine durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft der Bezeichnung „Melissengeist“, um die Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG zu überwinden, nicht feststellen.

Die in der Eingabe vom 2. April 2007 genannten und eidesstattlich versicherten Angaben zu Umsätzen von rund A... Mio Euro, Marktanteilen in Höhe von über B... % und Werbeaufwendungen in den Jahren 2002-2006 von mehr als C... Mio Euro können allerdings schon deshalb nicht - wie von der Beschwerdegegnerin gerügt - als verspätet zurückgewiesen werden, da nach der gesetzlichen Regelung eine Löschung nicht in Betracht kommt, wenn eine Marke im Entscheidungszeitpunkt Verkehrsdurchgesetzt ist, so dass die vorgelegten Zahlen jedenfalls für diesen Fall nicht verspätet sein können. Letztlich kann dies aber dahingestellt bleiben, da sie eine Verkehrsdurchsetzung auch nicht rechtfertigen können.

Auch wenn die Umsätze, der Marktanteil und die Werbeaufwendungen eine beachtliche Höhe aufweisen, kann daraus nicht auf eine Verkehrsdurchsetzung der Bezeichnung „Melissengeist“ für „Arzneimittel, nämlich Destillat aus Melisse und mindestens Angelikawurzel, Zimtrinde sowie Muskatnußsamen und mit einem Äthanolgehalt von mindestens 65 % (V/V)“ geschlossen werden. Zu beachten ist nämlich auch hier, dass es sich dabei um die Warenbenennung selbst handelt, die die Beschwerdeführerin zudem nicht in Alleinstellung verwendet, sondern immer mit dem Zusatz „Klosterfrau“ und häufig noch mit weiteren Bildbestandteilen. Das Erfordernis, dass eine Marke sich infolge ihrer Benutzung durchgesetzt haben muss, verlangt allerdings nicht, dass das Zeichen eigenständig benutzt worden ist (EuGH GRUR 2005, 763 - Nestlé/Mars). Wird jedoch die reine Warenbezeichnung immer mit einem kennzeichnungskräftigen Bestandteil zusammen benutzt und beworben, so wird auch bei einer erheblichen Marktführerschaft eines Unternehmens und erheblichem Werbeaufwand für das fragliche Produkt der Verkehr nicht allein deshalb schon die Warenbezeichnung als Marke auffassen. Dies gilt insbesondere im vorliegenden Fall, in dem die Bezeichnung „Melissengeist“ auch von der Wortbildung her wie eine glatte Warenbenennung wirkt. Die genannten Um-

sätzen in den Jahren 2002 bis 2006 von rund A... Mio Euro, Marktanteilen in Höhe von über B... % und Werbeaufwendungen in den Jahren 2002-2006 von mehr als C... Mio Euro sind in einem solchen Fall keine ausreichenden Indizien, dass sich die reine Warenbenennung (ohne die weitere Bezeichnung „Klosterfrau“ oder weitere Bildbestandteile) als Marke für die Beschwerdeführerin durchgesetzt hat.

Auch soweit der Markenstelle im Eintragungsverfahren DIHK-Auskünfte vorlagen, nach denen der Zuordnungsgrad im Bereich der Hersteller, Händler und Apotheken zwischen 63,03 % und 69,81 % bescheinigt wurde, ist eine Verkehrsdurchsetzung nicht dargetan. Abgesehen davon, dass Zweifel an der Fragestellung und an der Repräsentanz der gegebenen Antworten bestehen, da viele angeschriebene Fachkreise auf die Anfrage nicht reagiert haben, könnte eine fehlende Verkehrsdurchsetzung bei den beteiligten Endabnehmern nicht durch eine (unterstellte) Durchsetzung bei den Fachkreisen kompensiert werden.

Nach alledem konnte die Beschwerde keinen Erfolg haben.

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

Es ist nicht veranlasst, eine Rechtsbeschwerde zum BGH gemäß § 83 Abs. 2 MarkenG zuzulassen, da mangels Abweichung von anerkannten Grundsätzen des harmonisierten Markenrechts oder entscheidungserheblicher klärungsbedürftiger neuer Fragen kein Grund für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gegeben ist. Maßgeblich sind die konkreten Umstände der zu beurteilenden Gesamtkonstellation. Die Entscheidung hängt daher weder von einer Rechtsfrage grundsätzlicher

Bedeutung ab, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

gez.

Unterschriften