

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen: 33 W (pat) 35/10

Entscheidungsdatum: 8. April 2013

Rechtsbeschwerde zugelassen: ja

Normen: § 8 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 3, § 37 Abs. 2, § 50 Abs. 1
und Abs. 2 MarkenG

TOTO

Liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass während der Zeit von der Markenmeldung bis zur Verkehrsbefragung durch ein Meinungsforschungsinstitut wesentliche Änderungen auf dem relevanten Markt eingetreten sind, dann kann in der Regel der Schluss gezogen werden, dass eine Marke, die zum Zeitpunkt der Verkehrsbefragung die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung bei weitem verfehlt hat, auch zum Zeitpunkt der Anmeldung nicht durchgesetzt gewesen ist.



BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 35/10

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
8. April 2013

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 396 38 297

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts durch den Vorsitzenden Richter Bender, die Richterin Dr. Hoppe und den Richter am Amtsgericht Dr. Wache auf die mündliche Verhandlung vom 20. November 2012 am 26. März 2013

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird der Beschluss der Markenabteilung 3.4 vom 2. Februar 2010 aufgehoben.
2. Die Löschung der Marke 396 38 297 wird für alle Waren und Dienstleistungen angeordnet.
3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist ein auf die Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG gestützter Löschungsantrag, den die Markenabteilung zurückgewiesen hat.

1.

Die Markeninhaberinnen haben am 2. September 1996 die Wortmarke

TOTO

für die Waren und Dienstleistungen

Druckereierzeugnisse, nämlich Spielkarten, Zeitschriften, Zeitungen, Poster, Fotografien; Sachmittel zur Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, nämlich Chipkarten und Magnetkarten; Lotteriespiele, Gegenstände für die Durchführung von Lotterien, nämlich Glücksspieltrommeln und -ziehgeräte; elektrische oder elektronische Spiele; Organisation, Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und anderen Geld- und Glücksspielen; Verteilung von Lotterielosen und sonstigen Teilnahmeunterlagen; Beratung in wirtschaftlicher und/oder organisatorischer Hinsicht von Lotterie- und anderen Geld- und Glücksspielern; wirtschaftliche und/oder organisatorische Beratung zur Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs; Beratung in finanzieller Hinsicht von Lotterie- und anderen Geld- und Glücksspielern; finanzielle Beratung zur Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs; Beratung in technischer Hinsicht von Lotterie- und anderen Geld- und Glücksspielern; technische Beratung zur Durchführung des

bargeldlosen Zahlungsverkehrs; Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen im Wege der Telekommunikation, insbesondere über Internet; Organisation und Durchführung von Rundfunk-, Fernseh- und sonstigen Unterhaltungsveranstaltungen; Veranstaltung von sportlichen Wettbewerben und sonstigen kulturellen Aktivitäten.

angemeldet.

Das DPMA hat zunächst Bedenken hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit geäußert, da das angemeldete Markenwort beschreibenden Charakter habe, und da ihm jegliche Unterscheidungskraft fehle. "TOTO" sei die Bezeichnung für eine Wette im Fußball- und Pferdesport.

Nach einer Gegenäußerung der Markeninhaberinnen ist die Marke am 27. August 1997 eingetragen worden. Die Eintragung beruht auf einem Vermerk der Markenstelle vom 28. Juni 1997, wonach TOTO als im Verkehr durchgesetzte Marke einzutragen sei. Zur Begründung könne auf den Vermerk über die unter einem anderen Aktenzeichen zeitgleich eingetragene Marke LOTTO verwiesen werden. In dem Vermerk über die Eintragung der Marke LOTTO heißt es:

"Die gemeinschaftlichen Anmelder besitzen für die Durchführung der Veranstaltung von "LOTTO" ein gesetzliches Monopol. (...). Für die Verkehrsdurchsetzung kann daher eine Befragung des DIHT und der Endverbraucher unterbleiben, da weitere Wettbewerber nicht existieren und der interessierte Publikumskreis die staatlichen Lotterieveranstalter und deren Alleinstellung kennt."

2.

Die Löschungsantragstellerin hat am 11. Januar 2005 die Löschung der Marke beantragt, da sie entgegen §§ 3 und 8 MarkenG eingetragen worden sei.

Die Markeninhaberinnen, denen der Antrag am 23. Februar 2005 zugestellt worden ist, haben der Löschung am 21. März 2005 widersprochen.

Die Löschungsantragstellerin hat vorgebracht, dass der Begriff "TOTO" ein bestimmtes Produkt beschreibe, nämlich eine Sportwette, bei welcher der Gewinn von der Vorhersage der Ergebnisse mehrerer Spiele (insbesondere Fußballspiele) abhängt. Der Verkehr verstehe "TOTO" deshalb nicht als Hinweis auf die Herkunft von bestimmten Unternehmen, sondern als Hinweis auf ein Produkt. Die Marke sei daher nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen gewesen und zu Unrecht eingetragen worden.

Die Löschungsantragstellerin hat außerdem vorgetragen, dass die Marke "TOTO" auch nicht im Verkehr durchgesetzt sei. Sie hat sich auf das Verfahren über die ebenfalls von den Markeninhaberinnen angemeldete Marke "LOTTO" (BPatGE 48, 118; BGH GRUR 2006, 760 "LOTTO") bezogen und gemeint, dass hier ebenso wie in jenem Verfahren ein Durchsetzungsgrad von nur etwas über 50 % nicht ausreiche. Ein Monopolunternehmen unterliege nämlich besonders hohen Anforderungen, wenn es sich auf die Verkehrsdurchsetzung seiner Marke berufe. Aber auch ein Durchsetzungsgrad von 50 % könne von den Markeninhaberinnen nicht nachgewiesen werden.

Die Markeninhaberinnen sind dem Löschungsantrag entgegengetreten und haben die Auffassung vertreten, dass die Marke zu Recht eingetragen worden sei. Die für die Marke "LOTTO" angestellten Überlegungen seien nicht auf "TOTO" übertragbar. Höchst vorsorglich sei jedoch vorzutragen, dass die Marke "TOTO" im Verkehr durchgesetzt sei. Mit der Marke sei seit den 1950er Jahren mit erheblichem

Aufwand geworben worden; und es seien - was unstreitig ist - bis zur Markenmeldung jährliche Umsätze in Höhe von rund ... DM erzielt worden.

Mit Verfügung vom 9. Juli 2008 hat die Markenabteilung den Markeninhaberinnen aufgegeben, ein demoskopisches Gutachten zur Verkehrsdurchsetzung vorzulegen.

Die Markeninhaberinnen haben daraufhin ein Gutachten der GfK-Marktforschung vom 27. April 2009 über eine im März und April 2009 durchgeführte Befragung vorgelegt. Das Gutachten benennt im Ergebnis zwei verschiedene Verkehrsdurchsetzungsgrade des Zeichens "TOTO":

- bezogen auf die Gesamtbevölkerung: 25,8 %
- bezogen auf diejenigen Personen, die Sportwetten nicht grundsätzlich ablehnen: 29,7 %.

3.

Mit Beschluss vom 2. Februar 2010 hat die Markenabteilung den Löschungsantrag zurückgewiesen.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Marke habe beschreibenden Charakter und sei nicht unterscheidungskräftig. Es komme somit darauf an, ob sie sich in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt habe. Die Marke könne nur dann gelöscht werden, wenn positiv festgestellt sei, dass sie zum Zeitpunkt der Eintragung (also im August 1997) keine Unterscheidungskraft durch Benutzung erlangt habe. Das ergebe sich nicht aus dem vorgelegten Gutachten und könne auch sonst nicht mehr sicher festgestellt werden.

Aus dem Gutachten ergebe sich zwar, dass der Durchsetzungsgrad bei den engeren Verkehrskreisen I (Personen, die Sportwetten nicht grundsätzlich ablehnen) bei 29,7 % liege. Bei den engeren Verkehrskreisen II (Personen, die an Sportwet-

ten teilnehmen oder zumindest Interesse daran haben) liege er bei 53,3 %. Somit liege der Zuordnungsgrad insgesamt bei 39,3 %. Die Erlangung von Unterscheidungskraft durch Benutzung zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag sei damit nicht nachgewiesen. Daraus könne jedoch nicht auf die fehlende Erlangung von Unterscheidungskraft durch Benutzung zum Zeitpunkt der Eintragung zurückgeschlossen werden. Einmal seien von der Eintragung bis zur Einholung des Gutachtens über 11 Jahre vergangen. Außerdem habe sich inzwischen eine weitere Fußballwette ("ODDSET") etabliert und das damals fast konkurrenzlos angebotene "Toto" als Wettform verdrängt. Aus den "Lotto"-Entscheidungen ergebe sich hierzu nichts, da beide Marken an verschiedene Verkehrskreise gerichtet seien.

4.

Die Löschantragstellerin wendet sich mit der Beschwerde gegen die Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamtes.

Sie beanstandet, dass das DPMA auf die seine Entscheidung tragenden Gründe nicht vorab hingewiesen und somit eine Überraschungsentscheidung getroffen habe.

In der Sache bringt sie vor, dass die angegriffene Marke auch im August 1997 keine Unterscheidungskraft durch Benutzung erlangt haben könne. Die Annahme, dass TOTO seit der Eintragung von ODDSET verdrängt worden sei, sei unzutreffend. TOTO werde von den Markeninhaberinnen auch weiterhin als Angebot hervorgehoben und stehe in ihrer Werbung gleichrangig neben ODDSET. Durch private Sportwettenanbieter werde erst seit Entscheidungen des EuGH vom September 2010 (EuGH vom 8.9.2010, C-316/07, C-46/08) in Deutschland in nennenswertem Umfang geworben. Bis heute werde durch solche Anbieter aber weitgehend auf Außenwerbung verzichtet, wie sie auch weiterhin von den Markeninhaberinnen betrieben werde. Auch sonst könne nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, dass eine laufend verwendete und beworbene Marke innerhalb eines

Jahrzehnts von der Eintragung der Marke bis zur Verkehrsbefragung "vergessen" werde.

Bei der Eintragung seien von den Markeninhaberinnen keine aussagekräftigen Unterlagen vorgelegt worden. Es sei rechtsfehlerhaft gewesen, damals kein demoskopisches Gutachten einzuholen. Das könne nicht zu Lasten der Löschungsantragstellerin gehen.

Die Löschungsantragstellerin beantragt,

den angegriffenen Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 2. Februar 2010 aufzuheben und die Wortmarke "TOTO", Registernummer 39638297.5 zu löschen.

Die Markeninhaberinnen beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie vertreten die Auffassung, dass ihre Marke - entgegen der Auffassung der Markenabteilung - von Haus aus schutzfähig sei. Dazu verweisen sie auf ihr Vorbringen gegenüber der Markenabteilung.

Die Markeninhaberinnen meinen zudem, dass die angegriffene Marke im Verkehr durchgesetzt sei. Das ergebe sich aus dem Gutachten der GfK Marktforschung. Richtigerweise müsse auf den "engeren Verkehrskreis II" abgestellt werden, also auf diejenigen Personen, die an Sportwetten teilnehmen oder zumindest Interesse daran haben. Es sei unzulässig, vom Durchsetzungsgrad diejenigen Personen abzuziehen, die auf eine Kontrollfrage hin gesagt haben, sie könnten sich vorstellen, dass die Bezeichnung "TOTO" von anderen Konkurrenzunternehmen benutzt werde. Richtigerweise ergebe sich ein Durchsetzungsgrad von über 50 %, der

unter Berücksichtigung des weiteren Vortrags der Markeninhaberinnen zu Werbeaufwand, Marktanteil geografischer Verbreitung und Dauer der Nutzung als ausreichend angesehen werden müsse.

Jedenfalls müsse für den Eintragungszeitpunkt, also für das Jahr 1997, von einer Verkehrsdurchsetzung mit weit über 50 % ausgegangen werden. Damals habe es in Deutschland keine anderen, legal angebotenen Sportwetten gegeben; eine Ausnahme gelte lediglich für Pferdewetten. Es habe noch vier kleine Wettanbieter gegeben, die im Besitz von fortgeltenden Konzessionen aus DDR-Zeiten gewesen seien. Der Marktanteil der Markeninhaberinnen habe - was insoweit unstrittig ist - bei 75 % gelegen. Ein nennenswertes Angebot von Sportwetten über das Internet habe es 1997 noch nicht gegeben. Dagegen sei "TOTO" nach der Markeneintragung weitgehend durch die ebenfalls von den Markeninhaberinnen angebotene Wette "ODDSET" verdrängt worden. Für "ODDSET" sei ein erheblich höherer Werbeaufwand betrieben worden; und die Umsätze mit "TOTO" seien stark zurückgegangen, nämlich von rund ... DM zum Zeitpunkt der Markenmeldung bis auf rund ... Euro im Jahr 2009. Zudem seien in Deutschland nach dem Gambelli-Urteil (EuGH vom 6.11.2003, C-243/01 - Gambelli) verstärkt private Sportwettenanbieter aufgetreten.

Die Markeninhaberinnen sind der Ansicht, dass die Feststellungslast bei der Löschungsantragstellerin liege. Wenn sich nicht zweifelsfrei aufklären lasse, ob die angegriffene Marke zum Zeitpunkt der Eintragung im Verkehr durchgesetzt gewesen sei oder nicht, müsse der Löschungsantrag zurückgewiesen werden.

Der Senat hat einen schriftlichen Hinweis erteilt. Namentlich hat der Senat den Markeninhaberinnen aufgegeben, Umstände vorzutragen, die dafür sprechen können, dass die Marke trotz des Ergebnisses der im Jahr 2009 durchgeführten Verkehrsbefragung zum Zeitpunkt ihrer Anmeldung im Verkehr durchgesetzt war. Die Beteiligten haben Gelegenheit gehabt, hierzu schriftlich und in der mündlichen Verhandlung Stellung zu nehmen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet. Die Voraussetzungen der Löschung (§ 50 Abs. 1 und 2 MarkenG) sind gegeben. Das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG hat zum Zeitpunkt der Anmeldung und Eintragung vorgelegen, liegt auch heute noch vor und ist nicht durch Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 3 MarkenG) überwunden.

1.

Das Zeichen "TOTO" ist allerdings als Marke schutzfähig (§ 3 MarkenG).

Die Löschantragstellerin hat ihren formularmäßigen Löschantrag vom 10. Januar 2005 auch darauf gestützt, dass die Marke entgegen § 3 MarkenG eingetragen worden sei. Das trifft nicht zu.

Ein Zeichen ist als Marke schutzfähig, wenn es abstrakt geeignet ist, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (§ 3 Abs. 1 MarkenG). Die Markenfähigkeit ist erst dann zu verneinen, wenn unter allen Umständen ausgeschlossen werden kann, dass das in Frage stehende Zeichen in der Lage ist, als Hinweis auf die betriebliche Herkunft einer Ware oder Dienstleistung zu dienen (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 (Nr. 41) - Libertel; Kirschneck in Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Auflage § 3 Rn. 7). Dafür liegen hier keine Anhaltspunkte vor (vgl. zu "LOTTO" bereits BPatGE 48, 118, 125 f. - LOTTO).

2.

Das Zeichen hat jedoch bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung und Eintragung ausschließlich aus einer Angabe bestanden, die im Verkehr zur Bezeichnung von Merkmalen der beanspruchten Waren und Dienstleistungen dienen kann (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Das Schutzhindernis besteht bis heute fort.

a)

Die auf Art. 3 Abs. 1 Buchstabe c der MarkenRL zurückzuführende Bestimmung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG verfolgt das im Allgemeininteresse liegende Ziel, sämtliche Zeichen oder Angaben, die geeignet sind, Merkmale der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen zu beschreiben, für die Verwendung durch die Allgemeinheit freizuhalten (EuGH GRUR 2008, 503 (Nr. 22, 23) - ADIDAS II; EuGH MarkenR 2012, 147 (Nr. 32) - NAI-Der Natur-Aktien-Index). Insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit eines unverfälschten Wettbewerbs liegt es im allgemeinen Interesse, dass bestimmte Zeichen von allen Wettbewerbern frei verwendet werden können. Solche Zeichen oder Angaben dürfen deshalb nicht aufgrund einer Eintragung nur für ein Unternehmen monopolisiert werden (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 (Nr. 25) - Chiemsee; EuGH GRUR 2004, 146 (Nr. 31) - DOUBLEMINT; EuGH GRUR 2004, 674 (Nr. 54, 56) - Postkantoor; EuGH GRUR 2004, 680 (Nr. 35 - 36) - BIOMILD; vgl. auch Ströbele/Hacker a. a. O. § 8 Rd. 265 m. w. N.).

Das Schutzhindernis ist gegeben, wenn das schutzsuchende Zeichen den angesprochenen Verkehrskreisen, nämlich den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchern (EuGH GRUR 2006, 411 (Nr. 24) - Matratzen/Concord/Hukla; EuGH GRUR 1999, 723 (Nr. 29) - Chiemsee; Ströbele in Ströbele/Hacker a. a. O. § 8 Rn. 30), unmittelbar verständlich ist. Dabei darf einerseits die Verständnissfähigkeit des Publikums nicht zu gering veranschlagt werden. Andererseits darf nicht davon ausgegangen werden, dass das Publikum die Marke einer näheren analysierenden Betrachtung unterzieht (EuGH GRUR 2010, 228 (Nr. 57, 59) - Vorsprung durch Technik; BGH GRUR 2001, 162, 163 - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION; Fuchs-Wissemann in HK-MarkenR, 2. Auflage § 8 MarkenG Rn. 34; Ströbele in Ströbele/Hacker a. a. O. § 8 Rn. 298).

b)

Das Zeichen "TOTO" ist an diesem Maßstab gemessen nicht eintragungsfähig gewesen und auch heute nicht eintragungsfähig.

aa) "Toto" ist eine lexikalisch nachweisbare Abkürzung für "Fußballtoto" und bezeichnet damit eine bestimmte Art der Sportwette, bei welcher der Spielausgang einer bestimmten Anzahl zuvor festgelegter und veröffentlichter Fußballspiele vorausgesagt werden muss. Die Bezeichnung "Toto" ist nicht von den Markeninhaberinnen erfunden worden; vielmehr wird sie seit dem Anfang des 20. Jahrhunderts für "Einrichtungen zum Abschluss von Wetten" verwendet, für Fußballwetten seit der Zeit um 1950. Fußballtoto gibt es unter dieser Bezeichnung auch in anderen Ländern, wie die Löschungsantragstellerin bereits im Amtsverfahren glaubhaft gemacht hat. Zu diesen anderen Ländern gehören auch ganz bzw. teilweise deutschsprachige Länder wie Österreich und die Schweiz. Ebenso gab es in der DDR ein staatlich organisiertes "Toto". Das hat eine Recherche des Senats ergeben, auf deren Ergebnis die Beteiligten hingewiesen worden sind.

Das Wort "Toto" mag daneben zwar - wie die Markeninhaberinnen im Amtsverfahren vorgebracht haben - noch andere Bedeutungen haben. Namentlich mag es auch einen italienischen Schauspieler, eine Rockband, einen japanischen Hersteller von Sanitäranlagen und den Hund in "Der Zauberer von Oz" bezeichnen. Das hilft jedoch nicht über das Schutzhindernis hinweg. Eine mehrdeutige Angabe, die jedenfalls in einer ihrer Bedeutungen zur Beschreibung der beanspruchten Dienstleistungen dienen kann, ist gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG schutzunfähig, unabhängig davon, ob ihr noch andere - nicht beschreibende - Bedeutungen zukommen (EuGH GRUR 2004, 146 (Nr. 32) - DOUBLEMINT; BGH GRUR 2008, 900 (Nr. 15) - SPA II). Die Sportwette "Toto" ist in Deutschland weit verbreitet. Mit ihr sind in den Jahrzehnten bis zur Markenmeldung regelmäßig rund ... DM Umsatz erzielt worden, wie die Markeninhaberinnen selbst vorgebracht haben. Die Verwendung von "Toto" für eine Sportwette ist aus diesem Grund geläufig.

Ob nachgewiesen werden kann, dass andere Anbieter als die Markeninhaberinnen "Toto" als Bezeichnung für eine Sportwette verwendet haben oder noch verwenden, ist unerheblich. Das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG setzt nicht voraus, dass das in Frage stehende Zeichen im Sprachgebrauch üblich ist und als beschreibend verwendet wird (EuGH GRUR 2004, 146, 147 (Nr. 32) - DOUBLEMINT; EuGH GRUR 2004, 680 (Nr. 38) - BIOMILD; BGH GRUR 2012, 276 (Nr. 8) - Institut der Norddeutschen Wirtschaft e.V.; Ströbele in Ströbele/Hacker § 8 Rn. 280). Vielmehr reicht es schon nach dem Gesetzeswortlaut des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG aus, wenn das Zeichen beschreibend verwendet werden kann, also hierzu geeignet ist (vgl. EuGH GRUR 2004, 674 (Nr. 97) - Postkantoor; EuGH GRUR 2010, 534 (Nr. 52) - PRANAHAUS).

Zudem hat bis zur Markeneintragung und in den Jahren danach in den Bundesländern ein staatliches Glücksspielmonopol bestanden; deshalb konnten andere Anbieter keine Sportwetten unter der Bezeichnung "TOTO" anbieten. Nach der Eintragung haben die Markeninhaberinnen aufgrund des Markenrechts die Möglichkeit gehabt, die Verwendung des Zeichens "TOTO" für Sportwetten zu untersagen. Daher würde der Umstand, dass sich ein beschreibender Gebrauch des Zeichens durch andere Wettbewerber nicht nachweisen lässt, nichts darüber aussagen, ob das Publikum das Zeichen als beschreibend versteht. Zudem zeigen die lexikalischen Nachweise, dass "TOTO" als Gattungsbegriff für eine Sportwettenart verstanden wird. Und schließlich ist nicht entscheidend, wie groß die Zahl der Konkurrenten ist, die ein Interesse an der Verwendung der Zeichen oder Angaben haben können, aus denen die Marke besteht (EuGH GRUR 2004, 674 (Nr. 58) - Postkantoor). Auch ein zum Anmelde- und Eintragungszeitpunkt (noch) bestehendes staatliches Monopol ändert nichts am beschreibenden Charakter des Zeichens.

bb) Indem "TOTO" auf eine Sportwette hinweist, beschreibt das Zeichen ein Merkmal der beanspruchten Waren und Dienstleistungen.

Die Waren "Druckereierzeugnisse, nämlich Spielkarten, Zeitschriften, Zeitungen, Poster, Fotografien" können Toto-Sportwetten zum Gegenstand haben. Zeitungen, Zeitschriften und Poster können insbesondere Tippscheine, Wettformulare, Wettregeln, Wettergebnisse und die für künftige Wettrunden relevanten Spiele enthalten. Spielkarten, Poster und Fotografien können darüber hinaus für die Teilnahme am Toto werben und damit zusammenhängende Motive wie Wettscheine, Spielergebnisse und Szenen aus Fußballspielen zeigen.

Die Waren "Lotteriespiele, Gegenstände für die Durchführung von Lotterien, nämlich Glücksspieltrommeln und -ziehgeräte; elektrische oder elektronische Spiele" dienen der Durchführung von Glücksspielen, bei denen es sich auch um Toto-Sportwetten handeln kann. Für eine "Lotterie" im engeren Sinne ist zwar wesentlich, dass der Gewinner durch Ziehung von Losen ermittelt wird; eine Lotterie folgt also anderen Regeln als eine Toto-Sportwette. Als "Lotterie" im weiteren Sinne kann jedoch jedes Glücksspiel bezeichnet werden, also auch eine Sportwette, bei der nicht derjenige gewinnt, dessen Los gezogen wird, sondern derjenige, der den Ausgang mehrerer Fußballspiele richtig vorhergesagt hat. Außerdem kann eine "Lotterie" im engeren Sinne mit einer Sportwette kombiniert werden, indem unter mehreren Teilnehmern, die die Spielergebnisse richtig vorhergesagt haben, der Gewinner durch Los ermittelt wird. Damit kann das Zeichen "TOTO" auch mit Bezug auf Lotterien beschreibend verwendet werden.

Die Dienstleistungen "Organisation, Veranstaltung und Durchführung von Lotterien und anderen Geld- und Glücksspielen; Verteilung von Lotterielosen und sonstigen Teilnahmeunterlagen; Beratung in wirtschaftlicher und/oder organisatorischer Hinsicht von Lotterie- und anderen Geld- und Glücksspielern; Beratung in finanzieller Hinsicht von Lotterie- und anderen Geld- und Glücksspielern; Beratung in technischer Hinsicht von Lotterie- und anderen Geld- und Glücksspielern; Veranstaltung

und Durchführung von Glücksspielen im Wege der Telekommunikation, insbesondere über Internet" dienen der Durchführung von Glücksspielen, können also auch Toto-Sportwetten zum Gegenstand haben. Sie werden deshalb durch das Zeichen "TOTO" beschrieben.

Die Dienstleistungen "Organisation und Durchführung von Rundfunk-, Fernseh- und sonstigen Unterhaltungsveranstaltungen; Veranstaltung von sportlichen Wettbewerben und sonstigen kulturellen Aktivitäten" können mit der Durchführung von Toto-Sportwetten im Zusammenhang stehen.

Auch mit Bezug auf die Waren "Sachmittel zur Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, nämlich Chipkarten und Magnetkarten" und mit Bezug auf die Dienstleistungen "wirtschaftliche und/oder organisatorische Beratung zur Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs; finanzielle Beratung zur Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs; technische Beratung zur Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs" ist das Zeichen "TOTO" als beschreibend einzuordnen, da diese Waren und Dienstleistungen auch ein bargeldloses Fußballtotosystem mit umfassen können. Wie die Internetrecherche des Senats ergeben hat, existiert in Österreich ein "vereinheitlichtes Zahlungs- und Datentransfersystem", das die bargeldlose Teilnahme am Toto- und Lottospiel ermöglicht. Demnach werden alle Lotto-Toto-Annahmestellen mit einer Bankomat-Kassen-Funktion ausgerüstet, die die bargeldlose Zahlung im Rahmen der Teilnahme an diesen Glücksspielen ermöglicht. Existiert ein solches System für Österreich, so ist "TOTO" auch im Inland geeignet, Waren und Dienstleistungen, die der Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs dienen, zu beschreiben. Wenn sich die Markeninhaberinnen dagegen auf die Feststellungen im die Marke "LOTTO" betreffenden Lösungsverfahren (BPatGE 48, 118, 128) berufen, können sie keinen Erfolg haben; denn im vorliegenden Verfahren können neue und hiervon abweichende tatsächliche Feststellungen getroffen werden.

3.

Das angegriffene Zeichen hat sich zum Zeitpunkt der Anmeldung und der Eintragung nicht infolge seiner Benutzung für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt (§ 8 Abs. 3 MarkenG). Das ist auch bis heute nicht geschehen (§ 50 Abs. 2 S. 1 MarkenG).

a)

Den Markeninhaberinnen ist die Berufung auf eine Durchsetzung ihrer Marke nicht schon deswegen verwehrt, weil ihnen in der Vergangenheit eine Monopolstellung zustand, so dass sich eine mögliche Verkehrsdurchsetzung ungestört vom Wettbewerb anderer Anbieter bilden konnte (vgl. EuGH GRUR 2002, 804 (Nr. 65) - Philips/Remington; BGH GRUR 2006, 760 (Nr. 18) - LOTTO). Umgekehrt kann jedoch nicht allein aus einer langjährigen Monopolstellung auf Verkehrsdurchsetzung geschlossen werden. Haben jahrzehntelang nur die Markeninhaberinnen Sportwetten unter der Bezeichnung "TOTO" angeboten, so liegt zunächst die Annahme nahe, dass der Verkehr den Gattungsbegriff mit diesem Anbieter in Verbindung bringt, ohne darin zugleich einen Herkunftshinweis zu erblicken (vgl. BGHZ 30, 357, 365 - Nährbier; BGH GRUR 2006, 760 (Nr. 18) - LOTTO). Ob der Gattungsbegriff - entgegen dieser Annahme - als Herkunftshinweis durchgesetzt ist, ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen.

Maßgeblich ist eine Gesamtschau derjenigen Gesichtspunkte, die zeigen können, dass die Marke über die Eignung verfügt, die fraglichen Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese damit von den Leistungen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Neben dem von der Marke gehaltenen Marktanteil, der Intensität, Dauer und Verbreitung der Benutzung und dem einschlägigen Werbeaufwand sind auch die Ergebnisse von Verkehrsbefragungen zu berücksichtigen (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 (Nr. 49 ff.) - Chiemsee; BGH GRUR 2008, 710 (Nr. 26) - VISAGE).

Für die Feststellung des erforderlichen Durchsetzungsgrads kann nicht von festen Prozentsätzen ausgegangen werden. Die untere Grenze für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung ist jedoch nicht unterhalb von 50 % anzusetzen (vgl. BGH GRUR 2001, 1042, 1043 - REICH UND SCHOEN; BGH GRUR 2008, 510 (Nr. 23) - Milchschnitte). Im Einzelfall kann aber ein höherer Grad gefordert werden, namentlich bei glatt beschreibenden Angaben (BGH GRUR 2003, 1040, 1044 - Kinder I; BGH GRUR 2009, 669 (Nr. 25) - Post II; BGH GRUR 2009, 954 (Nr. 24) - Kinder III). Auch vorliegend ist ein Durchsetzungsgrad von über 50 % zu fordern, da "TOTO" ein Gattungsbegriff ist, der die in Frage stehenden Sportwetten glatt beschreibt (vgl. zu "LOTTO" BGH GRUR 2006, 760 (Nr. 21, 24) - LOTTO).

b)

Zum Zeitpunkt der Verkehrsbefragung im März und April 2009 ist "TOTO" für die in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen nicht im Verkehr durchgesetzt gewesen. Das ergibt sich - wie die Markenabteilung zutreffend festgestellt hat - aus dem demoskopischen Gutachten der GfK Marktforschung vom 27. April 2009, das die Markeninhaberinnen im behördlichen Verfahren vorgelegt haben.

In die Ermittlung der Verkehrsdurchsetzung sind alle Personen einzubeziehen, die Sportwetten für sich nicht grundsätzlich ablehnen. Denn alle diese Personen kommen als wenigstens gelegentliche Teilnehmer an Sportwetten in Betracht und sind daher mögliche Kunden der unter dem Zeichen "TOTO" angebotenen Leistungen. Ein erheblicher Unterschied zu dem Zeichen "LOTTO" (hierzu BGH GRUR 2006, 760 (Nr. 22) - LOTTO) besteht insofern nicht. Die Teilnahme an einer Toto-Sportwette setzt zwar nicht nur - ebenso wie die Teilnahme am Lottospiel - die Kenntnis der für die Teilnahme geltenden Regeln voraus; vielmehr ist eine genaue Kenntnis des Sportgeschehens nützlich und kann die Gewinnchancen erhöhen. Dadurch wird das angesprochene Publikum jedoch nicht auf einen engen Kreis von "Fachleuten" eingeschränkt. Einmal wird das Fußballgeschehen in Deutschland von einer sehr breiten Öffentlichkeit verfolgt, so dass ein Großteil der deutschen Bevölkerung über hinreichende Kenntnisse des Fußballgeschehens verfügt.

Außerdem kann sich auch jemand, der das Sportgeschehen nicht genau kennt, gerade wegen seiner darauf beruhenden Unbefangenheit gute Gewinnchancen ausrechnen und deshalb mit einer Sportwette sein Glück versuchen wollen. Deshalb können auch solche Personen durch die Werbung der Markeninhaberinnen mit dem Zeichen "TOTO" angesprochen werden.

Die Personen, die Sportwetten nicht grundsätzlich ablehnen, werden in dem GfK-Gutachten als "engerer Verkehrskreis I" bezeichnet. Das waren 1.251 Befragte; das Gutachten steht damit auf einer hinreichend breiten empirischen Grundlage. Ein größerer Personenkreis musste nicht befragt werden.

Innerhalb des engeren Verkehrskreises I hat das Zeichen "TOTO" ausweislich des Gutachtens ungestützt einen Bekanntheitsgrad von 91,6 %; im Zusammenhang mit Sportwetten erzielt es einen Bekanntheitsgrad von 89,1 %.

Sodann haben 35,1 % von allen Befragten des engeren Verkehrskreises I angegeben, dass sie "TOTO" als Hinweis auf ein ganz bestimmtes Unternehmen verstehen. Weitere 5 % haben geantwortet, dass sie das Zeichen als Hinweis "auf mehrere Unternehmen" verstehen. Alle anderen Befragten haben das Zeichen entweder nicht als Hinweis auf irgendein Unternehmen verstanden, oder konnten dazu nichts sagen, oder wurden nicht befragt, weil ihnen "TOTO" im Zusammenhang mit Sportwetten gar nicht bekannt war. Bei den 5 % der Befragten, die das Zeichen als Hinweis auf "mehrere Unternehmen" verstanden haben, ist durch weitere Fragen ermittelt worden, ob sie damit mehrere miteinander verbundene Unternehmen gemeint haben. Das hat bezogen auf alle Befragten auf 1,7 % zugegriffen. Dieser Wert ist dem zuvor ermittelten Ergebnis hinzuzufügen, zumal "TOTO" tatsächlich von einem Unternehmensverbund, nämlich von den Markeninhaberinnen, benutzt wird. Damit ergibt sich als Zwischenergebnis ein Kennzeichnungsgrad von $35,1 \% + 1,7 \% = 36,8 \%$.

Weiter sind diejenigen Personen, die "TOTO" als Hinweis auf ein Unternehmen oder auf mehrere miteinander verbundene Unternehmen verstehen, gefragt worden:

"Können Sie sich vorstellen, dass es (...) noch andere Konkurrenzunternehmen gibt, die die Bezeichnung "TOTO" verwenden, oder erwarten Sie von Konkurrenzunternehmen eine andere Bezeichnung?"

Darauf haben aus dem engeren Verkehrskreis I bezogen auf alle Befragten 7,1 % geantwortet, dass sie sich vorstellen können, dass andere Konkurrenten die Bezeichnung "TOTO" verwenden. In der Auswertung des Gutachtens werden diese Personen vom bis dahin ermittelten Kennzeichnungsgrad abgezogen. Daraus ergibt sich für den engeren Verkehrskreis I ein Durchsetzungsgrad von $36,8 \% - 7,1 \% = 29,7 \%$.

Der Abzug von 7,1 % ist korrekt. Mit der oben zitierten Frage werden diejenigen Personen ermittelt, die das Zeichen zwar als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen (oder mehrere miteinander verbundene Unternehmen) verstehen, die jedoch nur aufgrund der alleinigen Nutzung des Zeichens durch einen (oder mehrere miteinander verbundene) Monopolisten zu diesem Verständnis gelangt sind, das Zeichen also nicht als markenmäßigen Hinweis verstehen (BPatGE 48, 118, 134 f. - LOTTO). Dabei wird den Befragten keine unrealistische Spekulation abverlangt (so Pflüger GRUR 2006, 818, 822). Vielmehr wird erfragt, ob sie das Zeichen tatsächlich als Marke verstehen, und das ist im Fall eines Monopols nicht ohne eine in der Fragestellung enthaltene Hypothese möglich. Spekulativ und unrealistisch wäre die Annahme, dass alle 36,8 % der Befragten, die vor der Zusatzfrage den Kennzeichnungsgrad bestimmt haben, das Zeichen markenmäßig verstehen und es nicht allein wegen der Monopolstellung mit bestimmten Unternehmen verbinden (BPatG a. a. O. - LOTTO).

Allerdings ergibt sich auch dann, wenn man die 7,1 % der Befragten nicht abzieht, ein Durchsetzungsgrad von deutlich unter 50 %, der für die Verkehrsdurchsetzung eines beschreibenden Zeichens keinesfalls ausreicht. Das gilt auch unter Berücksichtigung der sonstigen Kriterien, insbesondere des Werbeaufwandes und der Dauer der Nutzung; diese vermögen das eindeutig negative Ergebnis der Verkehrsbefragung nicht aufzuwiegen.

c)

War das Zeichen "TOTO" im März und April 2009 nicht im Verkehr durchgesetzt, so ist die Verkehrsdurchsetzung auch zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats über die Beschwerde nicht erreicht worden.

Der erforderliche Durchsetzungsgrad von über 50 % ist im März und April 2009 bei weitem nicht erreicht worden; der tatsächlich erzielte Durchsetzungsgrad hat etwas unter 30 % gelegen. Dass die Markeninhaberinnen seit dem Frühjahr 2009 das Zeichen "TOTO" verstärkt benutzt und einen besonders hohen Werbeaufwand betrieben oder ihren Marktanteil erhöht hätten, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Vielmehr haben die Markeninhaberinnen unbestritten vorgetragen, dass der mit "TOTO" erzielte Umsatz in den letzten Jahren ständig zurückgegangen sei. Die Möglichkeit, dass das Zeichen zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung am 20. November 2012 - also weniger als vier Jahre nach der Verkehrsbefragung - einen Durchsetzungsgrad von über 50 % erzielt haben könnte, liegt unter diesen Umständen so fern, dass sie mit Gewissheit ausscheidet.

d)

Das Zeichen "TOTO" ist auch zum Zeitpunkt der Markenmeldung im September 1996 und zum Zeitpunkt der Eintragung im August 1997 nicht im Verkehr durchgesetzt gewesen.

aa) Ob es auf den Zeitpunkt der Eintragung ankommt, oder ob vielmehr nach richtlinienkonformer Auslegung auf den Zeitpunkt der Anmeldung abzustellen ist (vgl. BPatG vom 8.3.2013, 33 W (pat) 33/12 - Sparkassenrot), muss hier nicht entschieden werden. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sich von der Anmeldung im September 1996 bis zur Eintragung im August 1997 für die Verkehrsdurchsetzung relevante Umstände geändert haben könnten.

bb) Nach der Rechtsprechung des BGH liegt die Feststellungslast im Lösungsverfahren beim Lösungsantragsteller. Kann nicht geklärt werden, ob die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung zu dem für die Eintragung maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen haben, so ist der Lösungsantrag unbegründet (BGH GRUR 2009, 669 (Nr. 31) - Post II; GRUR 2010, 138 (Nr. 48) - ROCHER-KUGEL). Dagegen soll es nach der Rechtsprechung zum Nichtigkeitsverfahren nach der GMV Sache des Markeninhabers sein, geeignete und hinreichende Beweismittel zum Nachweis dafür vorzulegen, dass die Marke Unterscheidungskraft durch Benutzung erlangt hat (EuG GRUR-RR 2011, 258 (Nr. 46) - 5 HTP). Vorliegend kommt diesen unterschiedlichen Rechtsauffassungen jedoch keine Bedeutung zu. Aufgrund einer Gesamtwürdigung des Verkehrsgutachtens und der übrigen von den Beteiligten vorgebrachten Umstände steht nämlich zur Überzeugung des Senats fest, dass das Zeichen "TOTO" zum Zeitpunkt der Anmeldung und der Eintragung nicht im Verkehr durchgesetzt gewesen ist.

Die Überzeugung, dass ein bestimmter Sachverhalt für wahr zu erachten ist (§§ 286 Abs. 1 S. 1 ZPO, 82 Abs. 1 S. 1 MarkenG), setzt nach allgemeinen Grundsätzen keine absolute Gewissheit oder "an Sicherheit grenzende" Wahrscheinlichkeit voraus. Erforderlich und ausreichend ist vielmehr ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet (BGH NJW 1998, 2969, 2971; BGH NJW 2008, 2845 (Nr. 7); Bacher in BeckOK-ZPO § 286 Rn. 2; Musielak-Foerste, ZPO, 9. Auflage, § 286 Rn. 19; Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 33. Auflage, § 286 Rn. 2). Darüber hinaus ist speziell im markenrechtlichen Lösungsverfahren zu berücksichtigen, dass dem Lö-

schungsantragsteller im Hinblick auf die Schwierigkeiten, im Nachhinein das Fehlen einer Verkehrsdurchsetzung im Eintragungszeitpunkt nachzuweisen, keine nahezu unüberwindbaren Beweisanforderungen auferlegt werden dürfen. Vielmehr können ihm Beweiserleichterungen zugutekommen (BGH GRUR 2009, 669 (Nr. 31) - Post II; GRUR 2010, 138 (Nr. 48) - ROCHER-KUGEL). Zudem kann der Löschungsantrag grundsätzlich binnen zehn Jahren seit der Eintragung der Marke gestellt werden (§ 50 Abs. 2 S. 2 MarkenG). Gewährt das Gesetz eine solche Frist, so darf sie in der Regel auch ausgeschöpft werden und kann nicht dadurch entwertet werden, dass der Löschungsantragsteller aus Beweisgründen stets gehalten ist, den Antrag sofort nach der Eintragung zu stellen. Das gilt namentlich in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem ein Löschungsantrag in den ersten Jahren nach der Eintragung wegen des fortbestehenden staatlichen Glücksspielmonopols wirtschaftlich sinnlos gewesen wäre.

Vorliegend steht mit einem diesen Anforderungen genügenden Grad an Gewissheit fest, dass das Zeichen "TOTO" bereits im September 1996 und im August 1997 für die hier relevanten Waren und Dienstleistungen nicht im Verkehr durchgesetzt gewesen ist.

cc) War das Zeichen "TOTO" im Jahr 2009 mit einem Durchsetzungsgrad von weniger als 30 % bei weitem nicht im Verkehr durchgesetzt, so spricht das zunächst dafür, dass es auch in der Zeit vorher keine Verkehrsdurchsetzung erreicht hat.

Liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass von der Markenmeldung bis zur Verkehrsbefragung wesentliche Änderungen auf dem relevanten Markt eingetreten sind, dann kann in der Regel der Schluss gezogen werden, dass eine Marke, die zum Zeitpunkt der Verkehrsbefragung die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung bei weitem verfehlt hat, auch zum Zeitpunkt der Anmeldung nicht durchgesetzt gewesen ist. Das entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung. So ist in dem die Marke "LOTTO" betreffenden Lösungsverfahren der Rück-

schluss vom Zeitpunkt der Verkehrsbefragung (dort: August 2001) auf den Zeitpunkt der Anmeldung und Eintragung (September 1996 und August 1997) für so selbstverständlich gehalten worden, dass er in den Entscheidungen des BPatG und des BGH nicht problematisiert worden ist.

Es gibt keinen Erfahrungssatz, nach dem über einen bestimmten Zeitraum hinaus generell kein Rückschluss auf eine frühere Durchsetzung oder früher fehlende Durchsetzung der Marke gezogen werden kann. Gelegentlich wird zwar eine zeitliche Grenze von fünf Jahren genannt, über die hinaus die Verkehrsdurchsetzung nicht mehr rückwirkend nachgewiesen werden könne (vgl. BPatGE 26, 231, 236 - Zürich; BPatGE 28, 44, 50 - BUSINESS WEEK; BPatG vom 14.5.2003, 29 W (pat) 109/01 - BSGE; Ströbele in Ströbele/Hacker a. a. O. § 8 Rn. 538). Das beruht jedoch auf der Überlegung, dass es sinnlos sei, das Publikum darüber zu befragen, wie es vor einem mehr als fünf Jahre zurückliegenden Zeitpunkt ein bestimmtes Zeichen wahrgenommen habe. Durch eine derart rückbezogene Fragestellung werde das menschliche Gedächtnis überfordert (BPatGE 18, 229, 234 - Interglas; BPatGE 26, 231, 236 - Zürich). Darum geht es hier indes nicht. Im vorliegenden Fall soll keine Befragung zu einem mehr als fünf Jahre zurückliegenden Verkehrsverständnis durchgeführt werden. Vielmehr hat bereits eine Befragung zum aktuellen Verkehrsverständnis stattgefunden; und es kommt darauf an, ob aus der Tatsache, dass das Fehlen der Verkehrsdurchsetzung zu einem bestimmten Zeitpunkt durch Verkehrsbefragung nachgewiesen ist, auf das Fehlen der Verkehrsdurchsetzung zu einem früheren Zeitpunkt geschlossen werden kann. Das ist in der Regel zu bejahen, auch soweit es um einen Zeitraum von über zwölf Jahren (hier von September 1996 bis März und April 2009) geht. Ein solcher Rückschluss ist erst dann nicht möglich, wenn sich die Verhältnisse auf dem relevanten Markt so erheblich geändert haben können, dass - unter Berücksichtigung des oben dargestellten Überzeugungsgrades - für den damaligen Zeitpunkt keine hinreichende, für das praktische Leben brauchbare Gewissheit mehr erlangt werden kann.

dd) Die Verhältnisse auf dem Sportwettenmarkt haben sich vom September 1996 bis zum März und April 2009 nicht so erheblich geändert, dass eine Verkehrsdurchsetzung des Zeichens "TOTO" im September 1996 ernsthaft in Betracht kommt.

Die Markeninhaberinnen haben seit Beginn der 1950er Jahre intensiv für die Marke "TOTO" geworben. Sie haben im Bundesgebiet 26.000 bis 27.000 Toto- und Lotto-Annahmestellen betrieben, auf denen mit dem von außen deutlich sichtbaren Schriftzug "TOTO LOTTO" geworben worden ist. Wie die Markeninhaberinnen vorgetragen haben, haben sie auch in Presse, Rundfunk und Fernsehen intensiv geworben.

Ist mit dem Zeichen über einen derart langen Zeitraum intensiv geworben worden, und sind in dieser Zeit mit dem Zeichen Umsätze in Höhe von rund ... DM jährlich erzielt worden, dann spricht das für die Annahme, dass sich das Zeichen den angesprochenen Personen gründlich eingeprägt hat. Hätte sich das Zeichen nicht nur als Hinweis auf eine Sportwette, sondern als Herkunftshinweis eingeprägt, so wäre nicht zu erwarten, dass dieses Verständnis binnen zwölf Jahren wieder verlorengelht, sofern die Marke wie hier mit erheblichen Umsätzen (im Jahr 2009 noch ... Euro) weiter benutzt worden ist.

Dass in der Zeit nach der Markenmeldung bis zur Verkehrsbefragung andere Anbieter mit als "TOTO" bezeichneten Sportwetten aufgetreten wären, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Daher ist das Verständnis des Publikums nicht durch eine solche, anderweitige Verwendung des Zeichens beeinflusst worden. Soweit das OLG Köln (GRUR-RR 2012, 336) die Verwendung des Zeichens "Supertoto" zugelassen hat, ist das erst nach der hier relevanten Verkehrsbefragung aus dem Jahr 2009 geschehen. Eine im Anschluss an jenes Urteil mögliche Verwendung des Zeichens "Supertoto" kann deshalb nicht dazu beigetragen haben, dass sich das Verkehrsverständnis in der Zeit von der Markenmeldung bis zur Verkehrsbefragung verändert hat.

Auch Art und Umfang der Verwendung des Zeichens "TOTO" durch die Markeninhaberinnen selbst haben sich von der Anmeldung bis zur Verkehrsbefragung nicht so wesentlich verändert, dass ein Rückgang des Durchsetzungsgrades von über 50 % auf unter 30 % innerhalb dieses Zeitraums ernsthaft als möglich erscheinen würde. Die Markeninhaberinnen betreiben zwar seit ungefähr zehn Jahren eine Dachmarkenstrategie; sie werben vorrangig mit der Dachmarke "LOTTO". Darunter werden dann eine Reihe von Glücksspielen, unter anderen "TOTO" und "ODDSET" beworben. Das ist von der Löschantragstellerin vorgetragen und von den Markeninhaberinnen nicht bestritten worden, Zudem werben die früher mit "TOTO LOTTO" gekennzeichneten Annahmestellen aktuell in der Regel nur mit dem weithin erkennbaren Zeichen "LOTTO". Einzelne Glücksspiele wie "TOTO" und "ODDSET" nimmt man erst dann wahr, wenn man sich in die Annahmestelle oder zu den Auslagen begibt und sich die Angebote genauer anschaut. Außerdem tragen die Markeninhaberinnen vor, dass der von ihnen für "TOTO" getätigte Werbeaufwand erheblich vermindert worden sei. Auch die mit "TOTO" erzielten Umsätze seien von ... DM in den Jahren bis zur Markenanmeldung auf rund ... Euro im Jahr 2009 (also auf rund ein Drittel) zurückgegangen.

Diese Veränderungen ändern aber nichts daran, dass die Markeninhaberinnen - neben ihren anderen Angeboten - weiter für "TOTO" geworben haben. Den Vortrag der Löschantragstellerin, dass "ODDSET" und "TOTO" weiter nebeneinander und in räumlicher Nähe zueinander angeboten werden, haben die Markeninhaberinnen nicht schlüssig bestritten und hierzu nichts anderes vorgetragen. Wenn für "ODDSET" höhere Werbeaufwendungen getätigt worden sind, so sagt das nichts darüber aus, ob die möglichen Kunden an den Annahmestellen der Markeninhaberinnen bis zum Zeitpunkt der Verkehrsbefragung und danach weiterhin sowohl mit "TOTO" als auch mit "ODDSET" konfrontiert worden sind. Auch der Rückgang der mit "TOTO" erzielten Umsätze ändert daran nichts. Die Umsätze haben nach dem eigenen, unbestrittenen Vortrag der Markeninhaberinnen weiter auf hohem Niveau gelegen, nämlich bei rund ... Euro im Jahr 1999,

rund ... Euro im Jahr 2002 und rund ... Euro im Jahr 2009. Das Zeichen ist damit in erheblichem Umfang weiter genutzt worden. Vor diesem Hintergrund wäre zu erwarten, dass eine im Verkehr durchgesetzte Marke innerhalb des hier relevanten Zeitraums ihre Durchsetzung nicht verliert.

Wenn seit dem Jahr 1996 der Online-Sportwettenmarkt in Deutschland erheblich an Bedeutung gewonnen hat, so lässt das nicht den Rückschluss zu, dass das Zeichen "TOTO" in der Wahrnehmung des Publikums an Bedeutung verloren hat. Die Markeninhaberinnen bieten ihre Glücksspiele und Sportwetten nämlich auch online an und bilden damit selbst einen Teil des Online-Sportwettenmarktes.

Auch aus einer zunehmenden Liberalisierung des deutschen Glücksspielmarktes nach der Markenmeldung ergeben sich keine ernsthaften Zweifel daran, dass das Zeichen "TOTO" auch im September 1996 nicht im Verkehr durchgesetzt war. Bis zur Verkehrsbefragung im März und April 2009 ist der deutsche Sportwettenmarkt nicht liberalisiert worden. Das Gambelli-Urteil des EuGH (Urteil vom 6.11.2003, C-243/01) enthielt lediglich Vorgaben für die Ausgestaltung des staatlichen Glücksspielmonopols durch den nationalen Gesetzgeber. Weitere Vorgaben hat das BVerfG (NJW 2006, 1261) aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit abgeleitet und dem Gesetzgeber eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2007 gesetzt. Daraufhin ist zum 1. Januar 2008 ein Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland in Kraft getreten, der das Glücksspielmonopol grundsätzlich aufrechterhalten hat und erst zum Ende des Jahres 2011 außer Kraft getreten ist.

Die Markeninhaberinnen tragen zwar vor, dass von 1996 bis 2009 ein unregulierter Sportwettenmarkt an Bedeutung gewonnen habe, und dass es bereits zur Jahreswende 2005/2006 im Inland etwa 3.200 private Annahmestellen gegeben habe. Sie bestreiten jedoch nicht den Vortrag der Löschungsantragstellerin, dass diese privaten Anbieter keine nennenswerte Werbung betrieben haben, und dass sie - anders als die Markeninhaberinnen - weitgehend auf Außenwerbung verzichtet

haben. Auch dem Senat liegen keine Erkenntnisse vor, die dem Vortrag der Löschantragstellerin entgegenstehen würden.

Bereits die Würdigung der dargelegten Tatsachen ergibt, dass das Zeichen "TOTO" zum Zeitpunkt der Anmeldung und Eintragung nicht im Verkehr durchgesetzt gewesen ist. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass dieses Ergebnis durch das Ergebnis der Verkehrsbefragung aus dem das Zeichen "LOTTO" betreffenden Parallelverfahren bestätigt wird. Dort ist für das Zeichen "LOTTO" im August 2001 selbst bei einer den Markeninhaberinnen günstigen Berechnung ein Durchsetzungsgrad von 58 % erzielt worden, der für eine Verkehrsdurchsetzung nicht ausgereicht hat (BGH GRUR 2006, 760 (Nr. 24) - LOTTO). Die Rückrechnung auf den Zeitpunkt der Anmeldung und Eintragung im September 1996 und August 1997 war in jenem Verfahren unproblematisch. Die Annahme, dass das Zeichen "TOTO" einen höheren Durchsetzungsgrad erzielt haben könnte als das Zeichen "LOTTO", liegt fern und ist unplausibel. Für "LOTTO" ist nämlich eher ein größerer und wirksamerer Werbeaufwand betrieben worden, beispielsweise durch die zu einer guten Sendezeit im Fernsehen gezeigte und damit von einer breiten Öffentlichkeit verfolgte "Ziehung der Lottozahlen".

ee) Nach allem bestehen keine ernsthaften Zweifel daran, dass das Zeichen "TOTO" im September 1996 und August 1997 für die hier relevanten Waren und Dienstleistungen den erforderlichen Durchsetzungsgrad von über 50 % nicht erreicht hat. Insbesondere der Rückgang der Umsätze auf ein Drittel und der Wechsel von einer Werbung mit den Zeichen "TOTO LOTTO" zu einer Dachmarkenstrategie, die das Zeichen "LOTTO" in den Vordergrund stellt, könnte einen erheblicher Rückgang des Durchsetzungsgrades von über 50 % im Jahr 1996 auf unter 30 % im Jahr 2009 - auch unter Beachtung der vorangegangenen, jahrzehntelangen Nutzung des Zeichens - nicht erklären. Würde man dies anders sehen, so würden an eine Beweisführung nahezu unüberwindbare und der Löschantragstellerin unzumutbare Anforderungen gestellt werden. Das wäre nach dem oben (II. 3. d) aa)) dargestellten Maßstab verfehlt.

4.

Aus diesen Gründen ist der Beschwerde stattzugeben und auf den Löschungsantrag die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Es besteht kein Anlass, eine von der Regel des § 71 Abs. 1 S. 2 MarkenG abweichende Kostenentscheidung zu treffen.

Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen. Die Beurteilung der mit der Feststellungslast zusammenhängenden Beweiserleichterungen ist von grundsätzlicher Bedeutung (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Bender

Dr. Hoppe

Dr. Wache

CI