



BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 338/03

(AktENZEICHEN)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
10. Februar 2005

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 399 72 420.6

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. September 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Ströbele sowie des Richters Guth und der Richterin Kirschneck

beschlossen:

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

Gründe

I.

Die Wortbildmarke



ist am 18. November 1999 zur Eintragung in das Register mit den Farben „blau, weiß“ für die Waren

„Seifen, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Mittel zur Pflege, Reinigung und Verschönerung der Haare“

angemeldet worden. Die Anmelderin hat sich bei der Anmeldung auf die Durchsetzung der Marke in den beteiligten Verkehrskreisen gemäß § 8 Abs 3 MarkenG berufen und hierzu ausgeführt, daß von ihr seit 1993 mit „NIVEA VISAGE“ gekennzeichnete Kosmetika vertrieben würden, deren Marktanteil im Bereich der Gesichtspflegeprodukte eine unangefochtene Spitzenposition innehave. Zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung hat sie Tabellen über die Entwicklung der

Umsätze, des Marktanteils und der Werbeaufwendungen für Produkte mit der Kennzeichnung „NIVEA VISAGE“ in den Jahren 1993 bis 2000 sowie Werbebeispiele aus dem Bereich Printmedien für verschiedene mit der Kennzeichnung „NIVEA VISAGE“ versehene Gesichtspflegemittel eingereicht (vgl Anlage 1 - 2 zu BI 3/4 u Anlage 1 - 3 zu BI 83/88 der Markenakte). Des weiteren hat sie ein demoskopisches Gutachten der Firma I...-mbH in M..., über eine im Januar 1999 durchgeführte „Verkehrsbefragung VISAGE“ vorgelegt, welche zeige, daß 52% der Befragten die Bezeichnung „VISAGE“ der Marke „NIVEA“ zurechnen würden (vgl Anl 3 zu BI 3/4 der Markenakte).

Nach vorangegangener Beanstandung der angemeldeten Marke wegen bestehender absoluter Schutzhindernisse nach § 8 Abs 2 Nr 1 und 2 MarkenG hat die Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts durch Vermittlung des Deutschen Industrie- und Handelstages (DIHT) eine Verkehrsbefragung unter den mit den beanspruchten Waren befaßten Händlern und Herstellern durchführen lassen, nach deren Ergebnis die angemeldete Marke einen Zuordnungsgrad im Bereich der Hersteller von 50% und im Bereich der Händler von 53,77% erreicht hat (vgl BI 26/81 der Markenakte).

Mit zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, hat die genannte Markenstelle die Anmeldung zuletzt teilweise, und zwar für die Waren

„Seifen, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“

wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß §§ 8 Abs 2 Nr 1, 37 Abs 1 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, das französische Markenwort „VISAGE“ bedeute „Gesicht“ und stelle für die von der Zurück-

weisung betroffenen Waren eine reine Bestimmungsangabe dar. Auch wenn der französische Begriff in der deutschen Sprache in salopp abwertendem Sinn verwendet werde, würden ihn die inländischen Verkehrskreise ohne weiteres in seiner beschreibenden Bedeutung verstehen. Außerdem erfolge die Bewerbung von Produkten des betroffenen Warentors häufig in französischer Sprache, wobei auch der Begriff „Visage“ verwendet werde, wie die dem Beschluß beigefügten Internet-Seiten zeigten. Die grafische Gestaltung, die sich auf ein blaues Rechteck beschränke, welches in weißer Schrift das Wort „VISAGE“ enthalte, könne als einfache werbeübliche Hervorhebung bzw. Verzierung die Unterscheidungskraft der Marke nicht begründen. Das Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft sei auch nicht durch den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung ausgeräumt. Es bestünden erhebliche Zweifel an der Aussagekraft der vorgelegten Verkehrsbefragung, die sich ausschließlich auf „Gesichtspflegeprodukte“ beziehe und daher nicht auf die beanspruchten weiten Warenoberbegriffe schließen lasse. Sie sei zudem nicht repräsentativ, da sie sich ausschließlich an Frauen richte, während als Abnehmer der Waren auch Männer in Betracht kämen. Abgesehen davon ergebe sich aus der Befragung, daß allenfalls 48% bis 49% der Befragten in dem Zeichen die Kennzeichnung eines bestimmten Unternehmens sähen und es keinem anderen Unternehmen als dem der Anmelderin zuordneten. Damit aber sei der für die Annahme der Verkehrsdurchsetzung mindestens erforderliche Durchsetzungsgrad von 50% nicht erreicht (vgl. BGH GRUR 2001, 1042, 1043 „REICH UND SCHÖN“). Auch ergebe sich die Verkehrsdurchsetzung vorliegend nicht aus weiteren besonderen Umständen. Der hohe Marktanteil und der große Werbeaufwand bezögen sich nur auf Produkte mit der Kennzeichnung „NIVEA VISAGE“, nicht hingegen auf solche mit der Kennzeichnung „VISAGE“ in Alleinstellung. Nachdem die Bezeichnung „VISAGE“ in der kombinierten Verwendung als beschreibender Sachhinweis nicht die Stellung einer eigenständigen Zweitmarke habe, könne daher nicht auf eine Verkehrsdurchsetzung des Bestandteils „VISAGE“ in Alleinstellung geschlossen werden.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Nach ihrer Auffassung fehlt der angemeldeten Marke nicht das erforderliche geringe Maß an Unterscheidungskraft. Der Markenstelle könne nicht darin zugestimmt werden, daß die maßgeblichen inländischen Verkehrskreise das französische Wort „VISAGE“ in seiner Bedeutung „Gesicht“ ohne weiteres verstehen würden. Es hätten nur 40% der Deutschen Französischkenntnisse. Für alle anderen sei das Wort „VISAGE“ ein reiner Fantasiebegriff. Der deutsche Verbraucher werde das Wort „VISAGE“ allenfalls mit der im Österreichischen und Bayerischen existierenden abwertenden Bedeutung „Visage“ (zB „Er hat eine fiese Visage“) assoziieren, die im Zusammenhang mit Kosmetikprodukten jedoch nicht naheliege. Abgesehen davon zähle Dialekt nicht zu dem berücksichtigungsfähigen üblichen Sprachgebrauch. Zudem lasse sich ein beschreibender Charakter des französischen Wortes „VISAGE“ erst bejahen, wenn ihm weitere sinntragende Adjektive, Adverbien oder Substantive hinzugefügt würden, was die Ergebnisse der vom Senat im Internet durchgeführten „Google-Suche: visage cosmétiques“ veranschaulichten (zB „soin du visage“, „crème visage“, „la ligne visage“, „pour le visage“). In Alleinstellung werde das Wort „VISAGE“ von anderen Herstellern nicht in beschreibender Weise, sondern durchweg markenmäßig benutzt, wie die vom Senat im Internet ermittelten Verwendungsbeispiele „SENSI-SOFT VISAGE (Gesichtswasser „VISAGE“), „PO2 VISAGE“ und „LACURA VISAGE“ zeigten. Dies bestätigten auch die rechtskräftigen einstweiligen Verfügungen, mit denen das Landgericht Hamburg Benutzungsverbote für Kennzeichnungen mit dem Wort „VISAGE“ ausgesprochen habe (vgl Anlage 1 zu BI 32/42 der Gerichtsakte). Des weiteren sei die angemeldete Marke in ihrer Gesamtheit betrachtet durch den Kontrast des weiß gehaltenen Schriftzugs vor dem blauen Hintergrund sowie aufgrund der unüblichen Ausgestaltung des Rechtecks hinreichend originell, um von den angesprochenen Verbrauchern als Herkunftshinweis aufgefaßt zu werden. Da das Wort „VISAGE“ in Alleinstellung keinen eindeutig beschreibenden Charakter besitze, sei auch der Schutzversagungsgrund des § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG nicht gegeben, zumal das Wort „VISAGE“ in seiner konkreten grafischen Gestaltung von den Wettbewerbern nicht benötigt werde. Entgegen der Auffassung der Markenstelle habe sich die ange-

meldete Marke jedenfalls im Verkehr iSd § 8 Abs 3 MarkenG durchgesetzt. Dem stehe nicht entgegen, daß die angemeldete Marke nicht in Alleinstellung, sondern als Zweitmarke immer nur zusammen mit der davon deutlich abgesetzten Dachmarke „NIVEA“ benutzt worden sei. Es entspreche ständiger Spruchpraxis, daß auch Teile von Mehrwortkennzeichnungen, die im Verkehr in Alleinstellung nicht benutzt worden seien, im Wege der Verkehrsdurchsetzung eingetragen werden könnten, sofern der Nachweis ihrer Verkehrsdurchsetzung gelinge. Daraus ergebe sich, daß die in bezug auf die Benutzung der Gesichtspflegelinie „NIVEA VISAGE“ vorgetragenen Zahlen zu Umsatz, Marktanteil und Werbeaufwand bei der Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke in vollem Umfang berücksichtigungsfähig seien. Des weiteren könne nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (GRUR 1999, 723 ff „Chiemsee“; GRUR Int 2000, 73 ff „Chevy“) für die Bejahung der Verkehrsdurchsetzung nicht mehr an bestimmten Bekanntheitsgraden festgehalten werden, insbesondere sei die Forderung nach einem Mindestdurchsetzungsgrad von 50% unzulässig. Es genüge vielmehr, wenn ein erheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise das Zeichen als Marke eines bestimmten Unternehmens auffasse. Dabei seien alle Umstände, wie die Dauer der Benutzung, der Marktanteil, der Werbeaufwand etc, zu berücksichtigen. Schon aufgrund der insoweit belegten qualitativen Kriterien, nämlich den mit der seit 1993 vertriebenen Gesichtspflegelinie „NIVEA VISAGE“ in der Bundesrepublik Deutschland erzielten erheblichen, regelmäßig im dreistelligen Millionenbereich liegenden Umsätzen, des beständig hohen, mit Werten zwischen 15,6% und 18,6% deutlich über den Konkurrenzprodukten liegenden Marktanteils bei den Gesichtspflegemitteln und des seit langen Jahren betriebenen außergewöhnlich hohen Werbeaufwands, der sich seit 1995 zwischen ... Deutsche Mark und ... Euro bewegt habe, sei der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke „VISAGE“ erbracht. Im übrigen seien die Anforderungen an den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung auch in quantitativer Hinsicht - selbst unter Zugrundelegung eines Mindestbekanntheitsgrads von 50% - erfüllt. Offensichtlich sei dies im Hinblick auf den in der Umfrage des DIHT ermittelten Bekanntheitsgrad der Anmeldemarke von 50% bzw 53% unter den befragten Her-

stellern und Händlern. Aber auch die von der Anmelderin eingereichte INRA-Verkehrsbefragung aus dem Jahr 1999 ergebe eine Bekanntheit der Bezeichnung „VISAGE“ von wenigstens 50% bezogen auf alle befragten Personen. Mit Frauen ab 14 Jahren in Deutschland sei auch der richtige Personenkreis befragt worden, da sich die Gesichtspflegelinie „NIVEA VISAGE“ ausschließlich an Frauen richte. Für Männer biete die Anmelderin eine eigene Produktlinie „NIVEA for Men“ an. Zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung sind im Beschwerdeverfahren ergänzend eine eidesstattliche Versicherung von Frau H..., Produkt Managerin NIVEA Visage bei der Anmelderin, vom 19. Dezember 2003 mit Angaben über Umsätze, Absätze, Werbeaufwendungen und Marktanteil für unter der Bezeichnung „NIVEA VISAGE“ vertriebene Gesichtspflegeprodukte in den Jahren 2001 bis November 2003 sowie über die Ergebnisse einer zum Bekanntheitsgrad der Marke „NIVEA VISAGE“ von dem Marktforschungsinstitut Research International phasenweise in den Jahren 1997, 1999, 2000, 2002 und 2003 durchgeführte Umfrage eingereicht worden (vgl Anlage 4 zu BI 17/23 der Gerichtsakte).

Die Anmelderin beantragt (sinngemäß),

die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle aufzuheben.

Hilfsweise regt sie an, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, da die Anforderungen an den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung offensichtlich nicht einheitlich gehandhabt würden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Auch nach Auffassung des Senats steht der Eintragung der angemeldeten Marke für die beschwerdegegenständlichen Waren jedenfalls das absolute Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft nach § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG entgegen.

1. Unterscheidungskraft im Sinn der genannten Bestimmung ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, die Waren oder Dienstleistungen, für welche die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren oder Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl ua EuGH GRUR 2002, 804, 806 - Nr 35 - „Philips“; MarkenR 2003, 187, 190 - Nr 40 - „Linde ua“; MarkenR 2004, 116, 120 - Nr 48 - „Waschmittelflasche“; BGH GRUR 2002, 1070, 1071 „Bar jeder Vernunft“; MarkenR 2003, 148, 149 „Winnetou“). Die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen und zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (vgl ua EuGH aaO - Nr 41 - „Linde ua “; aaO - Nr 50 - „Waschmittelflasche“). Außerdem ist zu berücksichtigen, daß der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen idR so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es einer näheren analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (vgl ua BGH MarkenR 2000, 420, 421 „RATIONAL SOFTWARE CORPORATION“; GRUR 2001, 1151, 1152 „marktfrisch“; EuGH aaO - Nr 53 - „Waschmittelflasche“). Keine Unterscheidungskraft besitzen nach der Rechtsprechung vor allem solche Marken, denen die angesprochenen Verkehrskreise für die fraglichen Waren oder Dienstleistungen lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl BGH aaO „marktfrisch“; GRUR 2003, 1050 „Cityser-

vice“; EuGH GRUR 2004, 674, 678 - Nr 86 - „Postkantoor“). Davon ist die Markenstelle bei der angemeldeten Marke zu Recht ausgegangen.

Das Markenwort „VISAGE“ bedeutet in der französischen Sprache unstreitig „Gesicht“ (vgl Langenscheidts Handwörterbuch Französisch, 1999, S 760) und ist in dieser Bedeutung auch in Alleinstellung ohne ergänzenden Wort- oder Satzzusammenhang als schlagwortartige Bezeichnung des Gesichts als dem bestimmungsgemäßen Anwendungsbereich der von der Zurückweisung betroffenen Waren „Seifen“ sowie „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ im inländischen Verkehr geeignet und verständlich. Dies veranschaulicht beispielhaft die Überschrift „NIVEA Gesicht“ über einem der NIVEA-Gesichtspflege-Produktgruppe gewidmeten Kapitel in der von der Anmelderin im Verfahren vor der Markenstelle eingereichten Darstellung „NIVEA Entwicklung einer Weltmarke“, 1. Aufl, B... AG, Hamburg 1995, S 58 (vgl Anlage 4 zu Bl 109/118 der Markenakte), wo es im weiteren außerdem heißt: „Während die Produkte in Frankreich und Belgien von Anfang an unter dem Namen „NIVEA Visage“ liefen, war die Bezeichnung bis zur internationalen Angleichung 1993 noch von Land zu Land verschieden“. Nachdem die Anmelderin ihre unter der Marke „NIVEA“ vertriebenen verschiedenen Produktgruppen jeweils mit einer die Art oder Bestimmung beschreibenden Angabe versieht (vgl in „NIVEA Entwicklung einer Weltmarke“, aaO, S 3, die dort ua aufgeführten Produktgruppen „NIVEA Hair Care“, „NIVEA Shower/Bath/Soap“, „NIVEA Deodorant“, „NIVEA for Men“, „NIVEA sun“, NIVEA body“, „NIVEA Creme“), geht sie offenbar selbst davon aus, daß es sich bei dem französischen Wort „Visage“ um ein international und folglich auch in Deutschland verständliches Wort für „Gesicht“ handelt. Wenngleich der Anmelderin zuzugeben ist, daß die französische Sprache - im Vergleich zur englischen Sprache - in der deutschen Bevölkerung eine geringere Verbreitung besitzt, ist diese Annahme gleichwohl zutreffend, weil das französische Wort „Visage“ als Fremdwort in der Bedeutung „Gesicht“ im allgemeinen deutschen Sprachschatz enthalten ist (vgl Bertelsmann, Wörterbuch der deutschen Sprache, 2004, S 1497; Duden Deutsches Universalwörterbuch,

4. Aufl, CD-ROM zu „Visage“) und nicht nur, wie die Anmelderin meint, ein in der süddeutschen und österreichischen Mundart gebräuchliches Idiom darstellt.

Der Auffassung als bloßer Sachangabe steht dabei nicht entgegen, daß der Begriff „Visage“ im deutschen Sprachgebrauch teilweise auch in einem salopp abwertendem Sinn, zB in Redewendungen, wie „eine fiese Visage“ oder „jemanden in die Visage schlagen“, verwendet wird. Denn für das Verständnis eines Wortes spielt immer auch der jeweilige Sach- bzw Sinnzusammenhang eine Rolle, hier also der Umstand, daß das Wort „VISAGE“ dem Publikum als Bezeichnung für „Seifen“ sowie „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ begegnet. Gerade weil im Zusammenhang mit derartigen kosmetischen Produkten ein abwertender Gebrauch des französischen Fremdwortes „Visage“ fernliegt, werden die angesprochenen Verbraucher es zwanglos in der ihnen geläufigen Bedeutung „Gesicht“ verstehen und darin lediglich einen - wertneutralen - Hinweis auf die Bestimmung der betreffenden Mittel für das Gesicht sehen. Das gilt um so mehr, als die deutschen Verkehrskreise das französische Wort „Visage“ für „Gesicht“ auf dem Gebiet der Kosmetik insoweit auch noch in dem Fremdwort „Visagist“ wiederfinden, der Bezeichnung eines Spezialisten für die vorteilhafte Gestaltung des Gesichts mit den Mitteln dekorativer Kosmetik (vgl Duden - Deutsches Universalwörterbuch, aaO, zu „Visagist“).

Hinzu kommt, daß im Bereich der Kosmetika Frankreich als Herstellerland bekanntermaßen einen besonderen Ruf genießt und daher die Verwendung - jedenfalls einfacher, leicht faßbarer - französischer Ausdrücke (zB „femme“ od „homme“) zur Warenbeschreibung im deutschen Geschäftsverkehr generell beliebt und dementsprechend häufig zu beobachten ist, weshalb das deutsche Publikum grundsätzlich an den Einsatz französischer Angaben zur beschreibenden Bezeichnung kosmetischer Mittel gewöhnt ist. Wie die vom Senat ermittelten Internet-Fundstellen belegen, wird dabei auch das französische Wort „Visage“ im inländischen Verkehr zur Kennzeichnung von Gesichtspflegepro-

dukten von dritten Unternehmen verwendet, wobei der Begriff, entgegen der Auffassung der Anmelderin, nicht markenmäßig, sondern neben zweifelsfrei herkunftshinweisenden Kennzeichnungen, wie zB „SENSI-SOFT®“, „Lacura“, „PO2“, „LIERAC ARCESKIN“, ganz überwiegend in ersichtlich beschreibender Weise gebraucht wird (vgl die der Anmelderin übersandten Internet-Seiten http://www.mthmed.de/de/dept_85.html „SENSI-SOFT®, VISAGE Gesichtswasser“; http://www.testberichte.de/produktindex/produktindex_po2_visage_tagescreme_478.html „PO2 Visage Tagescremes - Produktindex“; http://www.ciao.de/Lacura_Visage_Gesichtspeeling_Aldi_Test_2657529 „Lacura Visage Gesichtspeeling (Aldi)“; <http://www.apo-baer.de/creme.htm> „LIERAC ARKESKIN VISAGE CRE“). Etwas anderes ergibt sich in diesem Zusammenhang nicht aus den von der Anmelderin vorgelegten rechtskräftigen Beschlüssen des Landgerichts Hamburg, mit denen im Wege der einstweiligen Verfügung die Benutzung verschiedener kombinierter Kennzeichnungen von Gesichtspflegeprodukten mit der Angabe „VISAGE“ untersagt worden ist (vgl Anlage 1 zu BI 32/42 der Gerichtsakte). Abgesehen davon, daß diese - zudem nicht mit einer näheren Begründung versehenen - Beschlüsse für die im hier anhängigen Verfahren zu treffende Entscheidung über die Eintragungsfähigkeit der angemeldeten Marke keinerlei Bindungswirkung entfalten, beziehen sich die darin ausgesprochenen Verbote nur auf ganz bestimmte Benutzungsformen, bei denen - anders als in den vom Senat ermittelten, damit nicht übereinstimmenden Verwendungsbeispielen - uU die Wertung eines markenmäßigen Gebrauchs der Angabe „VISAGE“ gerechtfertigt gewesen sein mag.

Als ein zusätzliches Indiz dafür, daß das inländische Publikum das Wort „VISAGE“ von Haus aus überwiegend als eine Sachangabe für die beschwerdegegenständlichen Waren auffaßt, sind schließlich die Antworten auf Frage V 8 der von der Anmelderin vorgelegten INRA-Verkehrsbefragung zu werten, wonach 659 der insgesamt befragten 1050 Frauen die Frage „Halten Sie diese Bezeichnung (VISAGE) für einen allgemein verwendeten Fach- oder Sachbegriff?“ mit „ja“ beantwortet haben.

Nicht zu beanstanden ist des weiteren die Beurteilung der Markenstelle, wonach das Markenwort „VISAGE“ die erforderliche Unterscheidungseignung nicht durch die konkret angemeldete grafische Ausgestaltung erhält. Zwar kann grundsätzlich einer aus Wort- und bildhaften Elementen bestehenden Marke, unbeschadet der fehlenden Unterscheidungskraft der Wortbestandteile, als Gesamtheit Unterscheidungskraft zugesprochen werden, wenn die grafischen Elemente ihrerseits charakteristische Merkmale aufweisen, in denen der Verkehr einen Herkunftshinweis sieht. Dabei vermögen allerdings einfache grafische Gestaltungen oder Verzierungen des Schriftbildes, an die sich der Verkehr etwa durch häufige werbemäßige Verwendung gewöhnt hat, eine fehlende Unterscheidungskraft der Wortbestandteile nicht aufzuwiegen (vgl. BGH GRUR 2001, 1153 „anti KALK“ mwNachw). Die Grafik der angemeldeten Marke, die sich in einer schlichten rechteckigen blauen Unterlegung des in normalen weißen Großdrucklettern wiedergegebenen Wortes „VISAGE“ erschöpft, weist keinerlei charakteristische, die Unterscheidungskraft begründende Merkmale auf. Vielmehr handelt es sich nach Form und Farbgebung um grafische Stilmittel einfachster Art, wie sie im Geschäftsverkehr so oder in ganz ähnlicher Weise zur Ausschmückung und optischen Hervorhebung von merkmalsbeschreibenden oder werblichen Angaben auf Produkten generell sowie insbesondere auch auf kosmetischen Produkten oder ihrer Verpackung vielfach anzutreffen sind (vgl. hierzu die Verwendungsbeispiele in der Anlage zum Erstbeschluß der Markenstelle; Bl 98 - 105 der Markenakte).

2. Ob die Eintragung der angemeldeten Marke außerdem auch nach der Bestimmung des § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG ausgeschlossen ist, kann im Hinblick auf das vorliegende Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG dahingestellt bleiben.
3. Das Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft ist nicht gemäß § 8 Abs 3 MarkenG dadurch beseitigt worden, daß sich die Marke infolge ihrer Be-

nutzung für die angemeldeten beschwerdegegenständlichen Waren in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat. Der hierfür erforderliche Nachweis ist der Anmelderin nicht gelungen.

- a) So bestehen bereits tiefgreifende Zweifel, ob die Form, in der die angemeldete Marke ausweislich der von der Anmelderin eingereichten Verwendungsbeispiele benutzt wird, geeignet ist, eine Verkehrsdurchsetzung iSd § 8 Abs 3 MarkenG zu begründen. Nach der Rechtsprechung setzt die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung grundsätzlich voraus, daß die (markenfähige) Kennzeichnung als Marke, dh markenmäßig und nicht lediglich als beschreibende Angabe, verwendet wird und damit als betriebliches Unterscheidungsmittel die Herkunftsfunktion erfüllt (vgl EuGH aaO - Nr 64 - „Philips“; zum Ausstattungsschutz nach § 25 WZG BGH GRUR 1960, 83, 86 „Nährbier“; Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl, § 8 Rdn 464; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl, § 8 Rdn 326 aE; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl, § 8 Rdn 422).

Die Benutzung der angemeldeten Marke erfolgt nach dem Vortrag der Anmelderin und den hierzu eingereichten Unterlagen nicht in Alleinstellung, sondern stets zusammen mit der Marke „NIVEA“ der Anmelderin, wobei in der überwiegenden Zahl der vorgelegten Verwendungsbeispiele die hellblaue Rechtecksfläche mit dem weißen Schriftzug „VISAGE“ die untere Hälfte eines von einer weißen oder silberfarbigen sowie zum Teil von einer weiteren hellblauen oder grauen Linie umrahmten Quadrats einnimmt, während darüber, in der oberen, in dunklerem Blau gefärbten Hälfte der quadratischen Fläche in fetten weißen Großdrucklettern der Schriftzug „NIVEA“ angeordnet ist. In dieser Weise emblemartig verknüpft mit der bekannten, zweifelsfrei kennzeichnungskräftigen Marke „NIVEA“ erfüllt die von Haus aus nicht unterscheidungskräftige Bestimmungsangabe „VISAGE“ in den Augen des Verkehrs nicht ohne weiteres die Funktion einer weiteren Zweitkennzeichnung, die - neben der Marke „NIVEA“ - die betreffenden Waren hinsichtlich ihrer Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen individualisieren soll, sondern eher die einer die jeweiligen Produkte

hinsichtlich ihres bestimmungsgemäßen Verwendungszwecks von Waren anderer Art oder Verwendung (desselben Unternehmens) abgrenzenden Bezeichnung (vgl BGH GRUR 2004, 683, 685 „Farbige Arzneimittelkapsel“). Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Möglichkeit, daß schutzunfähige Merkmale häufig im Rahmen einer Zeichenkombination in den Verkehr eingeführt werden und auf diesem Wege schließlich zu einem Herkunftshinweis werden können, namentlich dann, wenn sie eine gewisse Selbständigkeit aufweisen, so daß sie von einem Teil des Verkehrs ohne die übrigen Bestandteile wahrgenommen werden und daher unschwer aus der Kombination herausgelöst und in Alleinstellung als Herkunftshinweis benutzt werden können (vgl BGH GRUR 1970, 75, 77 „Streifenmuster“). Selbst wenn vorliegend im Hinblick darauf, daß die angemeldete Marke innerhalb der benutzten Gesamtkonzeption optisch durch die Raumaufteilung und die unterschiedliche farbliche Unterlegung von der Marke „NIVEA“ erkennbar abgesetzt ist, zugunsten der Anmelderin eine markenmäßige Verwendung unterstellt werden könnte, würde die Annahme der Verkehrsdurchsetzung an dem unzureichenden Nachweis scheitern, daß im Rahmen der Benutzung der Gesamtkombination die angemeldeten Marke als ein eigenständiger Bestandteil Verkehrsdurchsetzung erlangt hat.

- b) Hierbei ist zu bedenken, daß der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens, das nur in Kombination mit weiteren Bestandteilen benutzt wird, nicht in gleicher Weise möglich ist wie der Nachweis der Benutzung eines in Alleinstellung verwendeten Zeichens. Wie der BGH zu dieser Frage in seinem früheren, zu § 4 Abs 3 WZG ergangenen Beschluß „Streifenmuster“ (vgl aaO) ausgeführt hat, kommt zu den grundsätzlich bestehenden Zweifeln, ob überhaupt ein schutzwürdiges Interesse an der Eintragung eines solchen Bestandteils besteht, der dem Verkehr bislang nicht in Alleinstellung begegnet ist und der häufig auch nicht in Alleinstellung als Herkunftshinweis benutzt, sondern zur leichteren Abwehr von Eingriffen in die im Verkehr durchgesetzte Gesamtaufmachung eingesetzt werden soll (vgl BGHZ 41, 187, 193 „Palmolive“),

hinzu, daß sich nach den Erfahrungen in ausstattungsrechtlichen Verfahren häufig nur die Verkehrsdurchsetzung der Gesamtaufmachung, so wie sie dem Verkehr tatsächlich vor Augen tritt, einigermaßen zuverlässig ermitteln läßt. Verkehrsbefragungen über einzelne herausgelöste Elemente, die dem Verkehr bislang niemals in Alleinstellung begegnet sind, führen hingegen - wie der Bundesgerichtshof mehrfach betont hat (vgl BGH GRUR 1968, 581, 584 „Blunazit“ - mwNachw; vgl auch RG GRUR 1943, 128, 130 „Dextro“) - zu unvermeidlichen Fehlerquellen. Auch genügt nicht die Feststellung, daß dem Verkehr das fragliche Merkmal zwar bekannt ist, sondern er muß es darüber hinaus als kennzeichnenden Hinweis auf die betriebliche Herkunft auffassen. Diese Feststellung wird im vorliegenden Fall zusätzlich dadurch erschwert, daß die angemeldeten Marke nicht zusammen mit weiteren schutzunfähigen Wort- oder Bildelementen im Verkehr eingesetzt wird, sondern mit der kennzeichnungskräftigen, in hohem Maß verkehrsbekanntem Marke „NIVEA“. Insoweit bedarf es eines besonderen Nachweises, daß die beteiligten Verkehrskreise tatsächlich den fraglichen, von Haus aus nicht unterscheidungskräftigen und in eine Wortbildmarke eingebundenen Bestandteil für sich allein als betrieblichen Herkunftshinweis auffassen und ihn nicht nur zusammen mit der ihnen bekannten kennzeichnungskräftigen Marke „NIVEA“ bzw diese allein in der Kombination als herkunftshinweisendes Unterscheidungsmerkmal ansehen.

- c) Soweit sich die Anmelderin auf die Ergebnisse der INRA-Verkehrsbefragung VISAGE vom Januar 1999 beruft, deren Befragungsgegenstand eine von den übrigen im Verkehr mitbenutzten Elementen isolierte farbige Darstellung ist, die mit der zur Anmeldung eingereichten grafischen Markenwiedergabe übereinstimmt (vgl letzte Seite des Gutachtens), ist darin zwar grundsätzlich ein taugliches Beweismittel für die Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke zu sehen (vgl BGH GRUR 1998, 820, 821 „Oil of ...“). Gleichwohl sind die darin ermittelten Umfrageergebnisse für die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke nicht ausreichend.

Wie bereits die Markenstelle zutreffend dargelegt hat, muß sich die angemeldete Marke in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt haben, zu denen in erster Linie die Endabnehmer der betroffenen Waren zählen (vgl. EuGH GRUR 2004, 682, 683 - Nr. 23 - 25 - „Bostongurka“). Der Kreis der Endabnehmer kann vorliegend aber nicht auf Frauen beschränkt werden, wie in der INRA-Verkehrsbefragung geschehen, in der ausschließlich Frauen ab 14 Jahren in Deutschland befragt wurden (vgl. insbesondere S. 13 des Gutachtens). Wer zu den Abnehmern gehört, bestimmt sich nach den angemeldeten Waren und deren üblichen bestimmungsgemäßen Verwendung, die nach dauerhaften charakteristischen Kriterien zu beurteilen ist, nicht nach Werbekonzeptionen, die jederzeit geändert werden können (vgl. BGH GRUR 2002, 340, 341 „Fabergé“). Bei den von der Anmeldung erfaßten beschwerdegegenständlichen Waren „Seifen“ und „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“, für die die Verkehrsdurchsetzung nachzuweisen ist, handelt es sich nach deren maßgeblichen objektiven Eigenschaften um Produkte des persönlichen täglichen Gebrauchs, die grundsätzlich von allen Bevölkerungsgruppen, sowohl von Frauen als auch von Männern, verwendet und erworben werden. Dies gilt auch für „Gesichtspflegeprodukte“, auf welche sich die INRA-Verkehrsbefragung bezieht. Wenn gleich auf diesem Produktsegment sicherlich Frauen die größte Verbrauchergruppe bilden, kommen gleichwohl auch Männer als Endabnehmer in Betracht und können daher als beteiligte Verkehrskreise nicht gänzlich vernachlässigt werden (vgl. BGH GRUR 1991, 863, 867 „Avon“). Daß sich nach dem Vortrag der Anmelderin ihre mit „NIVEA VISAGE“ gekennzeichneten Produkte nur an Frauen richten, weil die Verbrauchergruppe der Männer von ihrer mit ihrer Produktlinie „NIVEA for Men“ abgedeckt werde, ist hingegen für die Frage nach den beteiligten Endabnehmerkreisen ohne Belang, da es sich hierbei lediglich um eine individuelle, nicht auf objektiven Merkmalen der beanspruchten Waren beruhende Vermarktungsstrategie der Anmelderin handelt.

Abgesehen davon läßt sich nach Ansicht des Senats aus den in der INRA-Verkehrsbefragung ermittelten Befragungsergebnissen eine Verkehrsdurch-

setzung der angemeldeten Marke in dem konkret befragten weiblichen Verkehrskreis mit einem der Anmelderin zurechenbaren Durchsetzungsgrad in Höhe von 50% bzw annähernd 50% nicht ableiten. So bestehen Bedenken vor allem gegen die Formulierung der Frage V 3, mit der diejenigen Personen, welche die Frage V 2 (= „Kennen Sie diese Bezeichnung als Kennzeichen oder Marke eines bestimmten Herstellers?“) bejaht haben (= 50%, bezogen auf die Basis aller Befragten), im Anschluß gefragt wurden: „Können Sie mir diese Marke bzw diesen Hersteller nennen?“. Hierauf haben von den Befragten 42% „Nivea“, 3% „Nivea Visage“ (zusammen 45% = „Nivea Netto“), 1% „sonstiges“ und 3% „weiß nicht/keine Angabe“ angegeben (Prozentzahlen jeweils bezogen auf die Basis aller Befragten). Diese Fragestellung erachtet der Senat gerade im Hinblick darauf für nicht sachgerecht, daß das demoskopische Gutachten den Nachweis dafür erbringen soll, daß eine nicht unterscheidungskräftige beschreibende Angabe, die nur in Kombination mit einer kennzeichnungskräftigen bekannten Marke benutzt wird, sich als eigene Marke, dh als ein auch in Alleinstellung auf ein bestimmtes Unternehmen hinweisendes Zeichen durchgesetzt hat. Insoweit kommt der gewählten Formulierung, die nicht nur den Namen desjenigen Unternehmens bzw Herstellers hinterfragt, als dessen Kennzeichen oder Marke der Befragte die in Rede stehende Bezeichnung „VISAGE“ kennt, sondern ausdrücklich - und sogar an erster Stelle - auch die Möglichkeit der Benennung einer Marke vorgibt („Können Sie mir diese Marke ... nennen?“), eine suggestive, auf die Nennung der mitbenutzten Marke hinzielende Wirkung zu. Davon abgesehen ist die Frage nicht schlüssig auf die Vorfrage abgestimmt, da nicht klar erkennbar ist, ob eine Marke benannt werden soll oder ein Hersteller und falls eine Marke benannt wird, ob - nochmals - die Bezeichnung angegeben werden soll, nach deren Kenntnis als Marke in Frage V 2 gefragt wurde (V 2: „Kennen Sie diese Bezeichnung als ... Marke eines bestimmten Herstellers?“; V 3: „Können Sie mir diese Marke ... nennen?“) oder diejenige Marke, der die Bezeichnung zugeordnet wird. Aufgrund dieser zumindest unklaren Fragestellung kann aus dem Ergebnis der Frage V 3, wonach 42% der Befragten „Nivea“ und 3% die Gesamtkombination

„Nivea Visage“ angeben, nicht mit der notwendigen Sicherheit geschlossen werden, daß die betreffenden Befragten die Bezeichnung „VISAGE“ als eigenständige Marke der Anmelderin kennen. Weiterhin wird man zwar nicht unbedingt erwarten dürfen, daß speziell die Endverbraucher stets auch den Namen des Unternehmens kennen, das hinter einer ihnen bekannten Marke steht, insbesondere nicht in der heutigen Zeit, in der zahlreiche wirtschaftliche Umorientierungen erfolgen, Unternehmen fusionieren, ge- oder verkauft, und dabei Markenrechte nicht immer mitübernommen, sondern zum Teil separat verkauft werden. Deshalb erscheint es nicht als grundsätzlich ausgeschlossen, eine anstelle der Firma genannte Marke dem betreffenden Unternehmen zuzurechnen (vgl hierzu Pflüger GRUR 2004, 652, 656). Soweit aber, wie im vorliegenden Fall ermittelt werden muß, ob eine stets in Kombination mit einer bekannten Marke benutzte beschreibende Angabe gleichwohl vom Verkehr als eigener betrieblicher Herkunftshinweis aufgefaßt wird, kann dieser Nachweis durch die fast ausschließliche Nennung der mitverwendeten Marke gerade nicht erbracht werden. Dieser Bewertung entspricht in der vorliegenden Befragung das Ergebnis von Frage V 8: „Halten Sie diese Bezeichnung für einen allgemein verwendeten Fach- oder Sachbegriff?“, die 659 von 1050 Befragten (= 62,76%) mit „ja“ beantwortet haben. Daraus folgt, daß die Befragten die angemeldete Marke zwar möglicherweise als eine von der Anmelderin verwendete Bezeichnung kennen, darin jedoch keine - eigenständige - Marke der Anmelderin sehen, sondern lediglich einen in Verbindung mit der Marke „NIVEA“ verwendeten Sach- oder Fachbegriff.

- d) Im übrigen vermag der Senat nicht der von der Anmelderin in diesem Zusammenhang vertretenen Auffassung zu folgen, daß im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bei derartigen Verbraucherbefragungen auch Ergebnisse von weniger als 50% als für eine Bejahung der Verkehrsdurchsetzung ausreichend angesehen werden müßten. Zwar hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, daß die Voraussetzungen einer Verkehrsdurchsetzung als erfüllt angesehen werden könnten, wenn ein zumindest er-

heblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise die betreffende Marke einem bestimmten Unternehmen zuordnen, wobei nicht nur auf generelle und abstrakte Angaben, wie zB bestimmte Prozentsätze, abgestellt werden dürfen (vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727 - Nr 48, 52 - „Chiemsee“; aaO - Nr 61, 62 - „Philips“). In diesem Zusammenhang ist aber nicht zu verkennen, daß auch der Europäische Gerichtshof davon ausgeht, daß durch die Verkehrsdurchsetzung ein Bedeutungswandel von einem ursprünglich nicht als betriebliche Herkunftskennzeichnung zu bewertenden Zeichen zu einer der Herkunftsfunktion entsprechenden Marke erfolgt sein muß (vgl. EuGH aaO - Nr 47 - „Chiemsee“; vgl. auch Fezer, WRP 2005, 1, 18). Somit ist die Verkehrsdurchsetzung einer Marke noch nicht zu bejahen, wenn sie nur von nicht unwesentlichen Teilen des Verkehrs als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefaßt wird. Vielmehr sind die Voraussetzungen des § 8 Abs 3 MarkenG zu verneinen, wenn nach den getroffenen tatsächlichen Feststellungen der überwiegende Teil des Verkehrs die Marke weiterhin nicht als unternehmens-, sondern als sachbezogene Angabe bewertet. Insoweit kann nämlich nicht davon ausgegangen werden, daß sich die Marke „in den beteiligten Verkehrskreisen“ durchgesetzt hat, was der Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich voraussetzt. Das bedeutet, daß in Fällen wie dem vorliegenden, in denen zur Begründung der behaupteten Verkehrsdurchsetzung speziell auf eine in Prozentsätzen ermittelte Verkehrsbekanntheit abgestellt wird, weiterhin von 50% als unterer Grenze für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung ausgegangen werden muß (vgl. BGH aaO „REICH UND SCHOEN“; Ströbele/Hacker, aaO, § 8 Rdn 506; Fezer, WRP 2005, 1, 18). Ein bei weniger als 50% der beteiligten Verkehrskreise festgestellter Durchsetzungsgrad belegt dagegen, daß das fragliche Zeichen von der Mehrheit des maßgeblichen Publikums nicht als Marke der Anmelderin aufgefaßt wird und sich demnach nicht in einem im Rechtssinne erheblichen Teil der maßgeblichen Verkehrskreisen durchgesetzt hat.

- e) Was im weiteren die Ergebnisse der durch Vermittlung des DIHT von den Industrie- und Handelskammern durchgeführten Befragungen unter den beteiligten

Herstellern und Händlern betrifft, rechtfertigt der darin vom DIHT zugunsten der Anmelderin ermittelte Zuordnungsgrad von 50% bzw 53,77% zwar grundsätzlich die Wertung einer Verkehrsdurchsetzung in diesen Fachverkehrskreisen (vgl BGH aaO „REICH UND SCHÖN“). Jedoch fällt auch bei den hier durchgeführten Befragungen auf, daß in den Antworten auf die Frage 3.1.: „Kennen Sie das in Frage 2 genannte Zeichen für diese Waren/Dienstleistungen als Marke eines ganz bestimmten Unternehmens?“ (vgl Fragebogen BI 29 der Markenakte), von den Befragten ganz überwiegend entweder die Marke „Nivea“ bzw die verwendete Kombination „Nivea Visage“ allein oder zusammen mit der Firma B... AG der Anmelderin angegeben wurde. Im Hinblick darauf, daß den jeweiligen Fachverkehrskreisen - anders als den Endverbrauchern - regelmäßig die Marken und die dahinter stehenden Unternehmen ihrer Branche bekannt sein werden, ergeben sich daraus Zweifel, ob die befragten Hersteller und Händler tatsächlich das angemeldete Zeichen in Alleinstellung als ein auf die Anmelderin hinweisendes Unterscheidungsmerkmal auffassen oder darin nur zusammen mit der Marke „NIVEA“ eine Marke der Anmelderin sehen. Unabhängig davon kann jedoch selbst ein nachgewiesener ausreichender Durchsetzungsgrad in den Fachkreisen nicht die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke iSd § 8 Abs 3 MarkenG begründen, da hierfür eine Durchsetzung der Marke in allen beteiligten Verkehrskreisen erforderlich ist, in denen die Marke Verwendung finden und Auswirkungen zeitigen kann (vgl BGH GRUR 1986, 894, 895 „OCM“; GRUR 1990, 360, 361 „Apropos Film II“). In dem insoweit in erster Linie maßgeblichen Verkehrskreis der Verbraucher und Endabnehmer (vgl EuGH aaO „Bostongurka“) aber ist der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke nicht erbracht worden. Die INRA-Verkehrsbefragung liefert hierfür, wie dargelegt, keine hinreichenden Ergebnisse.

- f) Als letztlich unbehelflich erweist sich auch der Hinweis der Anmelderin, daß nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Verkehrsdurchsetzung einer Marke nicht nur aufgrund genereller abstrakter Angaben, wie zB

bestimmter Prozentsätze, festgestellt werden kann, sondern sämtliche Gesichtspunkte zu prüfen sind, die zeigen können, daß die Marke die Eignung erlangt hat, die betreffenden Waren als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren damit von denjenigen anderen zu unterscheiden (vgl. EuGH aaO - Nr. 49, 51 u. 52 - „Chiemsee“).

Dazu ist grundsätzlich festzustellen, daß der Europäische Gerichtshof in der genannten Entscheidung ausdrücklich hervorhebt, daß das Gemeinschaftsrecht es der zuständigen Behörde nicht verbietet, die Frage der Verkehrsdurchsetzung der Marke, deren Eintragung beantragt wird, nach Maßgabe des jeweiligen nationalen Rechts durch eine Verkehrsbefragung klären zu lassen, wenn sie bei dieser Beurteilung auf besondere Schwierigkeiten stößt (vgl. EuGH aaO - Nr. 53 - „Chiemsee“). Hierbei ist zu bedenken, daß die Frage der Verkehrsdurchsetzung einer Marke am einfachsten und sichersten mit einer demoskopischen Verkehrsbefragung zu beantworten ist, da diese unmittelbare Erkenntnisse über die maßgebliche Verkehrsauffassung liefert. Demgegenüber läßt sich die Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens aufgrund anderer Umstände, wie etwa des von der Marke gehaltenen Marktanteils, der Intensität, Dauer und geographischen Verbreitung der Benutzung der Marke, allenfalls mittelbar feststellen und erfordert insoweit meist weitere Nachforschungen und Ermittlungen. Das registermäßig ausgestaltete Eintragungsverfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt, welches auf die rasche Erledigung einer Vielzahl von Anmeldungen angelegt ist, bietet aber grundsätzlich wenig Raum für schwierige Ermittlungen und Beweiserhebungen (vgl. BGH aaO „Streifenmuster“). Es erscheint daher sachlich gerechtfertigt, wenn das Deutsche Patent- und Markenamt auch weiterhin im Regelfall zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung eines Zeichens vom Anmelder - zusätzlich zu Belegen über andere für die Frage der Verkehrsdurchsetzung bedeutsame Umstände - die Beibringung einer demoskopischen Endverbraucherbefragung verlangt. Nur in Ausnahmefällen, in denen von Seiten des Anmelders alle relevanten Tatsachen erschöpfend vorgetragen und auch nachgewiesen worden sind, aus de-

nen sich schlüssig und zweifelsfrei eine ausreichende Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke ergibt, wird das Amt von dem Erfordernis einer Verkehrsbefragung absehen können. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier jedoch angesichts der aufgezeigten besonderen Schwierigkeiten bei der Feststellung der Verkehrsdurchsetzung der nur in Kombination mit kennzeichnungskräftigen anderen Elementen verwendeten angemeldeten Marke nicht vor.

Davon abgesehen kann aus den von der Anmelderin vorgetragene und belegten Fakten zu Dauer und Umfang der Benutzung ihrer Gesichtspflegelinie „NIVEA VISAGE“, insbesondere den damit in Deutschland erzielten Umsätzen, dem von diesen Produkten gehaltenen Marktanteil und der dafür getätigten Werbeaufwendungen in den Jahren 1993 bis 2003, die Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke in den relevanten Verkehrskreisen nicht schlüssig hergeleitet werden. Denn die insoweit ausschließlich in der oben beschriebenen kombinierten Form „NIVEA VISAGE“ erfolgte Benutzung läßt allenfalls auf die Verkehrsdurchsetzung dieser Gesamtkombination schließen, nicht aber auch auf eine Verkehrsdurchsetzung des darin enthaltenen Bestandteils „VISAGE“ in Alleinstellung (vgl hierzu Ströbele/Hacker, aaO, § 8 Rdn 467; von Schultz, Kommentar zum Markenrecht, § 8 Rdn 139; Ingerl/Rohnke, aaO, § 8 Rdn 326). Eine solche Schlußfolgerung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn der Bestandteil die Gesamtkombination eindeutig beherrscht und die übrigen Bestandteile in einer Weise zurücktreten, daß durch sie der kennzeichnende Charakter der kombinierten Kennzeichnung nicht mehr beeinflusst wird (vgl BGH GRUR 2004, 331, 332 „Westie-Kopf“; Ströbele/Hacker, aaO, § 8 Rdn 467). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall ersichtlich nicht erfüllt. So kann nicht davon ausgegangen werden, daß die beteiligten Verkehrskreise gerade in der von Haus aus nicht unterscheidungskräftigen Angabe „VISAGE“ den markenmäßigen Schwerpunkt der benutzten Kombination „NIVEA VISAGE“ sehen und der nicht nur kennzeichnungskräftigen, sondern sogar bekannten Marke „NIVEA“ daneben keine wesentlich herkunftshinweisende Be-

deutung beimessen (vgl hierzu auch BGH GRUR aaO „Farbige Arzneimittelkapsel“).

Die Beschwerde der Anmelderin mußte aus den dargelegten Gründen erfolglos bleiben.

Der Senat läßt die Rechtsbeschwerde gemäß § 83 Abs 2 Nr 1 und 2 MarkenG wegen zu entscheidender Fragen von grundsätzlicher Bedeutung und zur Fortbildung des Rechts zu.

Dr. Ströbele

Guth

Kirschneck

Bb