



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 522/11

(Aktenzeichen)

Verkündet am
15. September 2011

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2010 040 510.4

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 15. September 2011 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll, der Vorsitzenden Richterin am Landgericht Grote-Bittner und des Richters Metternich

beschlossen:

Die Beschwerde der Anmelderin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die nachfolgend abgebildete Form einer Schokoladenpraline mit hell-dunkler Füllung



ist am 6. Juli 2010 als dreidimensionale Marke zur Eintragung in das vom Deutschen Patent- und Markenamt geführte Markenregister angemeldet worden, und zwar für die nachfolgend genannten Waren der Klasse 30:

„Eiscreme, Geleefrüchte (Süßwaren), Karamellen, Kleingebäck, Konditorwaren, Konfekt, Zuckerwaren, Petits Fours (Gebäck), Schokolade (Schokoladenwaren), Süßwaren, Zuckerwaren“.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat diese unter der Nummer 30 2010 040 510.4 geführte Anmeldung nach entsprechender Beanstandung mit Beschluss vom 25. Februar 2011 zurückgewiesen.

Aus Sicht der Markenstelle stehen der Eintragung der angemeldeten Marke die Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG entgegen. Die als dreidimensionale Marke angemeldete Form einer Schokoladenpraline weise im Vergleich zu dem im einschlägigen Warenbereich gebräuchlichen Formenschatz keine hinreichend charakteristischen Merkmale auf. Sie stelle eine unverpackte Praline in unten abgeflachter Kugelform dar, die auf einem Sockel ruhe, wobei die Kugelform den Gesamteindruck dominiere. Damit werde auf eine geometrische Grundform zurückgegriffen, die auf dem vorliegenden Warengbiet vielfach eingesetzt werde. Zudem sei das Anbringen eines Sockels lediglich funktionaler Natur, damit die Praline abgestellt werden könne. Diese Kombination gehe in Bezug auf die beanspruchten Waren nur wenig über die vorgenannte Grundform hinaus und erscheine lediglich als weitere Variante dieses Formenschatzes. Die vertikale Aufteilung der Kugel in der zweiten eingereichten Abbildung könne die Schutzfähigkeit nicht begründen, da diese Darstellung dem angesprochenen Verkehrskreis nicht sichtbar entgegentrete. Auf aus ihrer Sicht vergleichbare Voreintragungen könne sich die Anmelderin nicht berufen.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin.

Der angemeldeten Marke komme Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zu. Es bestehe auch kein Freihaltebedürfnis i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Selbst wenn man von einem Schutzhindernis ausgehe, so sei es aufgrund Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden. Es handele sich um die Abbildung eines Kernproduktes der Anmelderin, und zwar der „Original Halloren-Kugel“, die seit 1952 produziert werde, bestens bekannt sei, sich großer Beliebtheit erfreue und sich deutlich von den anderen am Markt erhältlichen Produkten unterscheide, so dass sie bereits originär Kennzeichnungskraft aufweise. Insoweit komme es gerade bei Warenformmarken aus dem Lebensmittelbereich auf Details an. Die „Original Halloren-Kugel“ stelle eine komplexe, dreidimensionale, aufgrund der kugelähnlichen Form mit Standfuß und konkaver Einbuchtung an ein „Omega“ erinnernde Gestaltung dar. Diese Form resultiere aus

dem ursprünglichen Herstellungsverfahren; dabei seien Teigplatten zu Würfeln geschnitten, anschließend zu Kugeln geformt und mit Schokolade überzogen worden, wobei durch seitliches Andrücken der Standfuß mit der konkaven Einbuchtung entstanden sei. Aufgrund der großen Nachfrage sei eine erste Ausformmaschine konstruiert worden, deren Grundprinzip bei modernen Extrudieranlagen noch heute Anwendung finde. Zudem sei die Form an den Silberknöpfen der Tracht der „Halloren-Bruderschaft“ orientiert. Der Gesamteindruck werde ferner durch die dunkelbraune Umhüllung und die dazu im Kontrast stehende hell-dunkle Füllung geprägt.

Die „Original Halloren Kugel“ unterscheide sich aufgrund ihrer Gestaltung, die ansprechend und außergewöhnlich sei, von allen anderen am Markt befindlichen Schokoladenwaren. Die klassische Grundform einer Praline bestehe aus einem Quader oder Zylinder mit quadratischer bzw. rechteckiger oder kreisförmiger bzw. elliptischer Basis. Daneben existierten Kugelformen ohne Basis. Jedoch existiere keine andere Praline in Form einer Kugel mit Sockel und dem Kontrast der dunklen Ummantelung mit heller Füllung wie die „Original Halloren Kugel“. Diese Form sei exquisit, einzigartig und ein eindeutiger Hinweis auf den Betrieb der Anmelderin.

In den neuen Bundesländern sei die „Original Halloren Kugel“ der Inbegriff für Süß- und Schokoladenwaren im Sinne einer „Volkspraline“ gewesen. Bis heute sei die Nachfrage ungebrochen. Derzeit produziere die Anmelderin jährlich ca. 160 Mio. „Original Halloren Kugeln“ und bewerbe dieses Produkt intensiv, so z. B. in den Jahren 2003 - 2008 im Rahmen einer Wanderausstellung, die ca. 8 Mio. Besucher gehabt habe. Gemäß einer Studie der GfK sei die „Original Halloren Kugel“ in den neuen Bundesländern 94,5 % der Bevölkerung bekannt, während in den alten Bundesländern die Bekanntheit bei über 33 % liege. Nach einer weiteren Studie von AC Nielsen nehme die „Original Halloren Kugel“ beim Absatz in den neuen Bundesländern Rang 4 ein. Die Form der „Original Halloren Kugel“ sei dort allgemein bekannt und stelle ein Unikat dar, zumal es kein anderes Produkt im

Bereich der Pralinen gebe, welches diese markante Form aufweise. Diese Form werde - intakt und aufgeschnitten - auf Verpackungen wiedergegeben.

Die Anmelderin beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. Februar 2011 aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird, auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle, die Schriftsätze der Anmelderin, das Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 15. September 2011 und den übrigen Akteninhalt verwiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet. Die angemeldete Marke weist entgegen der Auffassung der Anmelderin keine Unterscheidungskraft auf (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Dieses Schutzhindernis ist auch nicht durch Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden worden. Die Markenstelle hat die Anmeldung daher zu Recht zurückgewiesen (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

1. Zwar ist die vorliegend als Marke angemeldete dreidimensionale Form einer Schokoladenpraline mit hell-dunkler Füllung gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG markenfähig, ohne dass einer der Ausschlussgründe des § 3 Abs. 2 MarkenG gegeben ist. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass diese Form durch die Art der Ware selbst bedingt ist (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Die angemeldete Form ist auch nicht zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Zwar geht die Form nach dem eigenen Sachvortrag der Anmelderin auf den ursprünglichen Herstellungsprozess zurück; sie ist aber mit Blick auf die aktuellen, industriell ausgerichteten Herstellungsverfahren nicht als technisch bedingt zu er-

achten. Der weitere Ausschlussgrund des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG scheidet offenkundig aus.

2. Die angesprochenen Verkehrskreise, zu denen neben den Fachkreisen der Süßwaren- und Schokoladenbranche auch alle Konsumenten von Süß- und Schokoladenwaren zählen, werden in der angemeldeten dreidimensionalen Form aber keinen betrieblichen Herkunftshinweis erkennen, so dass der angemeldeten Marke jegliche Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehlt.

a) Unterscheidungskraft im Sinne dieser Vorschrift ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst zu werden. Denn die Hauptfunktion einer Marke liegt darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. EuGH GRUR 2004, 428, Tz. 30, 31 - „Henkel“; GRUR 2004, 943, Tz. 23, 24 - „SAT.2“; BGH GRUR 2006, 850, Tz. 17 - „FUSSBALL WM 2006“). Auch das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft ist im Lichte des Allgemeininteresses auszulegen, wobei dieses darin besteht, die Allgemeinheit vor ungerechtfertigten Rechtsmonopolen zu bewahren (vgl. EuGH GRUR 2003, 604, Tz. 60 - Libertel). Hierbei wird das Allgemeininteresse nicht nur durch unmittelbare oder tatsächliche Behinderungen, sondern bereits durch eine bloße potentielle Beeinträchtigung der wettbewerblichen Grundfreiheiten tangiert (vgl. Alber, GRUR 2005, 127, 129 - Das Allgemeininteresse in der markenrechtlichen Entscheidungspraxis des EuGH mit weiteren Nachweisen).

Bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit dreidimensionaler Marken dürfen zwar keine strengeren Anforderungen angelegt werden als bei sonstigen Markenformen wie etwa Wort- oder Bildmarken, aber auch keine großzügigeren. Wie bei jeder anderen Markenform ist auch bei dreidimensionalen, die Ware bzw. die Verpackung einer Ware darstellenden Markenform allein zu prüfen, ob der Verkehr in dem angemeldeten Zeichen für die jeweils beanspruchten Waren einen betrieblichen Herkunftshinweis sieht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine dreidimensi-

onale Marke, die allein aus der Form bzw. Verpackung der Ware besteht, vom Verkehr nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wird wie eine herkömmliche Wort- oder Bildmarke, die ein gesondertes Zeichen darstellt und vom Erscheinungsbild der gekennzeichneten Ware unabhängig ist. Gewöhnlich schließen Verbraucher daher aus der Form der Ware oder ihrer Verpackung nicht auf die betriebliche Herkunft (vgl. EuGH GRUR Int. 2006, 226, Tz. 28 - Standbeutel und BGH GRUR 2010, 138, Tz. 24 - ROCHER-Kugel). Hinreichende Unterscheidungskraft kann nur dann bejaht werden, wenn sich ein dreidimensionales Zeichen nicht nur in der Darstellung von Merkmalen erschöpft, die für die Art der Ware oder deren Verpackung typisch sind, sondern wenn die als Marke beanspruchte Form charakteristische Merkmale aufweist, die von der Norm oder dem branchenüblichen Formenschatz erheblich abweichen (vgl. EuGH GRUR 2004, 428, Tz. 49 - Henkel; GRUR Int. 2004, 631, Tz. 39 - Dreidimensionale Tablettenform I; GRUR Int. 2004, 635, Tz. 37 - Dreidimensionale Tablettenform II; GRUR Int. 2004, 639, Tz. 37 - Dreidimensionale Tablettenform III; GRUR Int. 2005, 135, Tz. 31 - Maglite; GRUR Int. 2006, 226, Tz. 31 - Standbeutel; GRUR Int. 2006, 842, Tz. 26 - Form eines Bonbons II; siehe auch BGH GRUR 2004, 329, 330 - Käse in Blütenform; BGH GRUR 2004, 502, 504 - Gabelstapler II; GRUR 2004, 507, 509 - Transformatorgehäuse; BGH GRUR 2010, 138, Tz. 28 - ROCHER-Kugel; vgl. auch die Senatsentscheidungen 25 W (pat) 7/09 vom 14. Januar 2010 = GRUR 2010, 1017 - Bonbonform, 25 W (pat) 192/09 vom 19. August 2010 - Schokoriegel, veröffentlicht u. a. bei PAVIS PROMA, sowie 25 W (pat) 72/10 vom 21. April 2011 - Schokoladenbecher, veröffentlicht in der Entscheidungssammlung des Bundespatentgerichts im Internet).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die angemeldete Marke nicht geeignet, als betrieblicher Herkunftshinweis zu dienen. Entgegen der Auffassung der Anmelderin reiht sich die „Original Halloren-Kugel“ in den vorhandenen Formenschatz im Bereich der Schokoladen- und Süßwaren ohne weiteres ein, ohne dass die angemeldete Marke demgegenüber Charakteristika aufweist, die sie aus diesem Formenschatz in individualisierender Weise hervorheben würden. Daher wird

der Verkehr, insbesondere der Endverbraucher von Schokoladen- und Süßwaren in der der angemeldeten Marke zu Grunde liegenden Warenform nichts anderes als einen weiteren Beitrag zu dem Formenschatz ästhetischer und funktioneller Gestaltungsvarianten bei Schokoladen- und Süßwaren, aber keinen Hinweis auf eine bestimmte betriebliche Herkunft erkennen. Zum einen ist die äußere Form - Kugelform mit abgeflachter Bodenfläche - keineswegs einzigartig, sondern wird bei Trüffelpralinen, Haselnuss-Pralinen, Mozart-Kugeln, sog. „Lipizzaner-Kugeln“ und Schokoküssen bzw. „Mohrenköpfen“ verwendet; dies belegen die der Anmelderin als Anlagen 4 - 7c zur Terminladung übermittelten Abbildungen der vorgenannten Produkte (Bl. 130 - 140 d. A.). Üblich ist bei Schokoladen- und Süßwaren auch, dass Füllungen, die von einer Schokoladenhülle umgeben werden, in farbllichem Kontrast zu der Umhüllung gestaltet werden, wie die der Anmelderin mit der Terminladung übermittelten Anlagen 8 - 8b belegen (Bl. 141 - 143 d. A.). Branchenüblich ist es im Segment der Schokoladen- und Süßwaren schließlich auch, Schokoladenpralinen mit unterschiedlichen, auch optisch durch entsprechend unterschiedliche Schichten leicht erkennbaren Füllungen zuzubereiten; dies belegen die der Anmelderin ebenfalls als Anlagen 9 - 9b zur Terminladung übermittelten Abbildungen von entsprechenden Produkten (Bl. 144 - 146 d. A.).

c) Für das Vorliegen eines Schutzhindernisses ist es nicht erforderlich, dass die angemeldete Warenform in ihrer konkreten Gestaltung mit allen Merkmalen, also hier: Kugelform mit abgeflachter Bodenfläche und vertikal geteilter hell-dunkler Füllung, als solche bereits am Markt angeboten wird und dies auch belegbar ist. Denn die Neuheit einer Marke vermag nichts über ihre Unterscheidungskraft auszusagen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 9, Rdn. 89 m. w. N.). Dies gilt auch und gerade in Bezug auf Warenformmarken. Denn auch bei neuen Warenformen kommt es allein darauf an, ob der Verkehr hierin einen betrieblichen Herkunftshinweis und nicht etwa nur eine Gestaltung sieht, die er dem Ziel des Herstellers zuschreibt, ein optisch oder ästhetisch ansprechendes Produkt zu schaffen.

d) Im vorliegenden Fall fehlt der angemeldeten Marke die Unterscheidungskraft in Bezug auf alle beanspruchten Waren. Hinsichtlich der Waren „Karamellen, Kleingebäck, Konditorwaren, Konfekt, Zuckerwaren, Petits Fours (Gebäck), Schokolade (Schokoladenwaren), Süßwaren, Zuckerwaren“ erschöpft sich die angemeldete Marke darin, die äußere Form dieser Waren wiederzugeben. Mithin handelt es sich um ein Zeichen, das Eigenschaften dieser Ware, und zwar deren äußere Gestaltung, glatt beschreibt. Es besteht grundsätzlich ein besonderes Interesse der Allgemeinheit daran, dass derartige Gestaltungen nicht einem Unternehmen vorbehalten bleiben, sondern frei verwendet werden können (vgl. BGH GRUR 2010, 138, Tz. 29 - ROCHER-Kugel; GRUR 2004, 502, 505 - Gabelstapler II; GRUR 2008, 1000, Tz. 16 - Käse in Blütenform II). Das gleiche gilt hinsichtlich der Ware „Eiscreme“. Denn auch insoweit erschöpft sich die angemeldete Marke in der Wiedergabe einer Form von Eiskonfekt. In diesem Warensegment gibt es vergleichbare äußere Formen und auch farblich kontrastierende Füllungen, wie die der Anmelderin als Anlage 10 - 11 ebenfalls mit der Terminladung übermittelten Abbildungen entsprechender Produkte belegen (Bl. 147 - 149 d. A.). Hinsichtlich der Ware „Geleefrüchte (Süßwaren)“ liegt zumindest ein enger beschreibender Bezug der angemeldeten Marke vor, da diese Waren als Zutat (z. B. Dekoration) bei Schokoladenpralinen verwendet werden können.

3. Die angemeldete dreidimensionale Form kann auch nicht als verkehrsdurchgesetzte Marke eingetragen werden (§ 8 Abs. 3 MarkenG).

a) Die Frage, ob eine Marke sich infolge ihrer Benutzung im Verkehr i. S. d. § 8 Abs. 3 MarkenG durchgesetzt hat, ist aufgrund einer Gesamtschau der Gesichtspunkte zu beurteilen, die zeigen können, dass die Marke die Eignung erlangt hat, die in Rede stehende Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware damit von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. BGH GRUR 2010, 138, Tz. 38 - ROCHER-Kugel). Für die Feststellung des im Einzelfall erforderlichen Durchsetzungsgrads ist nicht von festen Prozentsätzen auszugehen. Entscheidend ist, dass ein erheblicher Teil der

beteiligten Verkehrskreise das Zeichen nicht mehr nur als beschreibende oder übliche Angabe, sondern zumindest auch als Herkunftshinweis ansieht. Deshalb kann - sofern nicht besondere Umstände eine abweichende Beurteilung rechtfertigen - die untere Grenze für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung nicht unterhalb von 50 % angesetzt werden. Die Anforderungen sind umso höher, je weniger sich das betreffende Zeichen nach seinem spezifischen Charakter als Herkunftshinweis eignet. Handelt es sich um einen Begriff, der die fraglichen Waren ihrer Gattung nach glatt beschreibt, kommen ein Bedeutungswandel und damit eine Verkehrsdurchsetzung erst bei einem deutlich höheren Durchsetzungsgrad in Betracht, wobei in einzelnen Fällen eine sehr hohe oder eine nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung für notwendig erachtet wurde (vgl. dazu BGH GRUR 2010, 138, Tz. 41 - ROCHER-Kugel). Allerdings besteht nach der Rechtsprechung des BGH bei einer Formmarke, die von einer Grundform der Warengattung abweichende Merkmale aufweist, in der Regel kein Anlass, besonders hohe Anforderungen an den Durchsetzungsgrad zu stellen (BGH GRUR 2010, 138, Tz. 43 - ROCHER-Kugel), wobei insoweit aber gleichwohl eine Untergrenze von 60 % erforderlich sein dürfte (dies kann wohl aus BGH GRUR 2010, 138, Tz. 43 - ROCHER-Kugel gefolgert werden).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Verkehrsbefragung nur eine von mehreren möglichen Mitteln zur Feststellung der Verkehrsdurchsetzung ist und insbesondere dann in Betracht kommt, wenn die Beurteilung der Unterscheidungskraft besondere Schwierigkeiten aufwirft. Das kann vor allem dann der Fall sein, wenn Markenschutz für ein Gestaltungsmerkmal beansprucht wird, das nicht isoliert, sondern nur in Kombination mit anderen Gestaltungsmerkmalen benutzt wurde, weil in einem solchen Fall anderweitige Umstände wie Verkaufszahlen, Umsätze, Werbeaufwendungen und Marktanteile nur einen Schluss auf die Durchsetzung der durch mehrere weitere Merkmale gekennzeichneten Gestaltung erlauben (vgl. BGH GRUR 2010, 138, Tz. 38, 39 - ROCHER-Kugel).

b) Die von der Anmelderin in der Anlage 11 zur Beschwerdebeurteilung in Auszügen vorgelegte GfK-Untersuchung (Bl. 109 ff. d. A.) ist bereits deswegen als Beleg für eine Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke nicht geeignet, weil sie aus dem Juli 1994 stammt und somit für eine Verkehrsdurchsetzung weder zum Anmeldetag noch zum jetzigen Zeitpunkt der Entscheidung über die Schutzfähigkeit noch Aussagekraft hat. Denn es ist für die Aussagekraft von Verkehrsgutachten von einer zeitlichen Grenze von fünf Jahren auszugehen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 8, Rdn. 428). Es ist auch nicht erkennbar, was den Befragten konkret, insbesondere welche grafische Darstellung der „Original Halloren Kugel“, vorgelegt wurde. Außerdem bezieht sich diese Untersuchung - soweit sie vorgelegt wurde - lediglich auf den Bekanntheitsgrad, enthält aber keine Aussagen zum Kennzeichnungs- und insbesondere nicht zum entscheidenden Zuordnungsgrad. Der Bekanntheitsgrad beträgt - bezogen auf das gesamte Bundesgebiet, und darauf kommt es an, zumal es bei Schokoladen- und Süßwaren um Produkte des täglichen Massenkonsums geht, die branchenbedingt nicht nur regional beschränkt zum Einsatz kommen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 8, Rdn. 422 f.) - nach dieser Studie auch nur 45,2 %, was weiter gegen eine Verkehrsdurchsetzung spricht. Selbst wenn man zugunsten der Anmelderin davon ausgehen würde, dass ein hinreichend hoher Zuordnungsgrad, der allein in den neuen Bundesländern erzielt wurde, für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung ausreichen könnte, so ist die GfK-Untersuchung aus dem Jahre 1994 auch insoweit nicht ausreichend. Denn es besteht kein Erfahrungssatz, dass ein Bekanntheitsgrad von mehr als 94 % auch zugleich den Schluss auf einen Zuordnungsgrad von mehr als 50 % zulässt.

Auch die in Anlage 12 zur Beschwerdebeurteilung vorgelegte Untersuchung von AC Nielsen aus dem Jahre 2009 (Bl. 112 ff. d. A.) lässt keinen Schluss auf eine Verkehrsdurchsetzung zu. Die Tabelle enthält zwar ein Ranking in Bezug auf Absatz und Marktanteile von Unternehmen im Bereich „Pralinen“, lässt aber keinen Schluss auf eine Verkehrsdurchsetzung von einzelnen Produkten zu, zumal die Anmelderin zahlreiche weitere Produkte im Sortiment führt. Ein Schluss dahinge-

hend, dass die „Haloren-Kugel“ - gleichsam - verkehrsdurchgesetzt sei, weil sie von den Absatzzahlen her vor der - als verkehrsdurchgesetzt eingetragenen - Rocher-Kugel liege, ist weder zwingend noch naheliegend, da Absatzzahlen und Verkehrsdurchsetzung nicht gleichgesetzt werden können. Auch der Vortrag zu den Werbeaktivitäten ist letztlich nicht geeignet, eine Verkehrsdurchsetzung glaubhaft zu machen.

Auch eine Gesamtbetrachtung dieser Unterlagen lässt keinen Schluss auf eine Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke zu. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Zum einen spricht die vorgelegte GfK-Untersuchung eindeutig gegen eine Verkehrsdurchsetzung, weil danach schon ein Bekanntheitsgrad von 50 % und damit erst recht der erforderliche Zuordnungs- bzw. Mindestdurchsetzungsgrad von 50 % oder gar 60 % weit verfehlt wird. Zum anderen führen die von der Anmelderin in ihrer Beschwerdebegründung genannten Beispielfälle zur Relevanz von Marktanteilen für die Verkehrsdurchsetzung (vgl. Bl. 83 d. A.) zu keiner anderen Beurteilung. In der Entscheidung BPatG GRUR 2007, 593 - Ristorante lag ein Verkehrsgutachten mit einem Zuordnungsgrad von über 50 % und einem Marktanteil der dortigen Anmelderin von ca. 25 % vor; im vorliegenden Fall sind - wie bereits ausgeführt - keine Zahlen hinsichtlich des Zuordnungsgrads der angemeldeten Marke vorhanden, während nach den von AC Nielsen ermittelten Zahlen gemäß der Anlage 12 zur Beschwerdebegründung (Bl. 113 d. A.) der Marktanteil der Anmelderin in den Jahren 2008 und 2009 6,8 % bzw. 6,7 % beträgt. Ferner hat der EuGH in seiner in GRUR 2006, 1023 - Wicklerform abgedruckten Entscheidung lediglich ausgeführt, dass der Marktanteil relevant sein *kann*, aber die Würdigung der Vorinstanzen, dass das vorgelegte Material nicht ausreichend sei, gerade nicht beanstandet. Auch im vorliegenden Fall lässt das von der Anmelderin vorgelegte Material aus den dargelegten Gründen einen Schluss auf die Verkehrsdurchsetzung gerade nicht zu. Auch die Entscheidung BPatG GRUR 2008, 428 - Farbmarke Rot führt zu keinem anderen Ergebnis; denn in der vorgenannten Entscheidung hat das Bundespatentgericht eine lang andauernde, intensive Be-

nutzung der dort angemeldeten Marke als gerichtsbekannt erachtet; dies ist vorliegend aber nicht der Fall.

Die Beschwerde musste nach alledem erfolglos bleiben.

Knoll

Grote-Bittner

Metternich

CI