



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 8/06

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
26. Januar 2009

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend das Lösungsverfahren gegen die Marke 398 69 072

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 23. Oktober 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Bayer und des Richters Merzbach

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Markenabteilung 3.4. des Deutschen Patent- und Markenamts vom 11. Oktober 2005 aufgehoben.

Die Löschung der Marke 398 69 072 wird angeordnet.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

Jugendherberge

ist am 30. November 1998 für die Dienstleistungen

„Beherbergung von Gästen, Verpflegung, Veranstaltung von Reisen, Ausbildung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten“

angemeldet und am 13. Januar 2000 in das Register als durchgesetzte Marke eingetragen worden.

Die Antragstellerin hat mit einem am 16. Januar 2004 eingegangenen Antrag die Löschung dieser Marke gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG beantragt, weil sie entgegen § 8 MarkenG eingetragen worden sei. Dem Löschungsantrag hat die Markeninhaberin und Antragsgegnerin widersprochen.

Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent und Markenamts hat mit Beschluss vom 11. Oktober 2005 den Löschungsantrag zurückgewiesen.

Zwar hätten zum Zeitpunkt der Eintragung der Marke an sich die absoluten Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG vorgelegen; diese seien jedoch durch Verkehrsdurchsetzung überwunden gewesen.

Die Bezeichnung „Jugendherberge“ sei nicht unterscheidungskräftig, da dieser Begriff eine einfach ausgestattete Unterkunftsstätte für Jugendliche bezeichne, in der auch spezielle Dienstleistungen für Jugendliche wie zum Beispiel Verpflegung und Aktivitäten angeboten würden. In dieser Bedeutung sei der Begriff auch lexikalisch nachweisbar. In Bezug auf die eingetragenen Dienstleistungen „Beherbergung von Gästen, Verpflegung, Veranstaltung von Reisen, Ausbildung, Unterhaltung, sportliches und kulturelle Aktivitäten“ stelle die eingetragene Marke daher eine unmittelbar beschreibende Angabe dar.

Aufgrund ihres im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsgehalts bestehe an der Bezeichnung zudem auch ein Freihaltebedürfnis der Mitbewerber gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

Die Markenstelle sei im Eintragungsverfahren jedoch zu Recht davon ausgegangen, dass sich die Marke vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung infolge ihrer Benutzung für die Dienstleistungen, für die sie angemeldet wurde, in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt habe (§ 8 Abs. 3 MarkenG).

Üblicherweise werde zwar zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung die Einholung eines demoskopischen Gutachtens angeordnet. Allerdings sei dies kein zwingend erforderliches Beweismittel. Vielmehr könne von einer demoskopischen Untersuchung abgesehen werden, wenn nach den im Eintragungsverfahren vorgelegten Unterlagen zu Marktanteil, Intensität der Benutzung, Werbeaufwand ua. ein ausreichender Bekanntheitsgrad und eine klare Zuordnung zum Markeninhaber feststehe. Die seitens des Markeninhabers im Eintragungsverfahren eingereichten Unterlagen belegten danach eine Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Eintragung. So wies der Jahresbericht des DJH für 1998 über ... Millionen Übernachtungen pro Jahr in insgesamt 604 Jugendherbergen des DJH aus. Die Mitgliederzahl des DJH zu diesem Zeitpunkt habe über ... Mio gelegen. Den vorgelegten Wirtschaftsergebnissen des Jahres 1998 seien ferner Erlöse in Höhe von über ... Millionen Euro und Aufwendungen von über ... Millionen Euro zu entnehmen. Diese Zahlen belegten, dass Jugendherbergen zum Zeitpunkt der Eintragung in Deutschland eine wirtschaftlich und gesellschaftlich bedeutende Stellung gehabt hätten.

Die markenmäßige Verwendung sei durch Abbildungen von Einrichtungen mit dem Begriff „Jugendherberge“ belegt worden. Es seien zudem Abbildungen von Werbemitteln, Broschüren und Souvenirs mit dem Aufdruck „Jugendherberge“ vorgelegt worden. Im Lösungsverfahren seien ergänzend dazu Kopien von Auszügen aus der Zeitschrift „Die Jugendherberge“ ab dem Jahre 1924, der heutigen

Mitgliederzeitschrift „Extratour“ und der Titelseite des Jugendherbergsverzeichnisses verschiedener Jahre vorgelegt worden. Daraus lasse sich entnehmen, dass der Begriff „Jugendherberge“ schon seit über 80 Jahren von dem Markeninhaber markenmäßig intensiv benutzt werde. Auch die vorgelegten Auszüge aus verschiedenen Lexika belegten, dass „Jugendherbergen“ als Einrichtungen des DJH definiert würden.

Insgesamt sei somit festzustellen, dass der Begriff „Jugendherberge“ von dem Markeninhaber schon sehr lange und auch sehr intensiv benutzt werde. Die beteiligten Verkehrskreise, welche hier einerseits aus der Gesamtbevölkerung als Abnehmer der Dienstleistungen, andererseits aus den Fachkreisen und damit anderen Anbietern ähnlicher Leistungen bestünden, hätten daher bereits zum Zeitpunkt der Eintragung den Begriff „Jugendherberge“ nicht als abstrakten Gattungsbegriff, sondern als konkreten Hinweis auf eine Einrichtung eines der im Verband DJH organisierten Häuser und damit auf ein bestimmtes Unternehmen angesehen.

Von der Einholung eines demoskopischen Gutachtens zum Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung sei abzusehen, da ein solches Gutachten nicht rückwirkend auf den Zeitpunkt der Anmeldung bzw. Eintragung im Jahre 1998 erstellt werden könne und daher zum Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung ungeeignet sei. Zwar gelte im Lösungsverfahren grundsätzlich der Amtsermittlungsgrundsatz. Eine Amtsermittlung könne jedoch nur soweit gehen, wie sie überhaupt sinnvoll sei, was aber bei einer demoskopischen Befragung über die Verkehrsdurchsetzung im Jahre 1998 nicht der Fall sei.

Da somit bereits zum Zeitpunkt der Eintragung der Marke die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG vorgelegen hätten, könne die Marke nicht gelöscht werden (§ 50 Abs. 2 S. 1 MarkenG).

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin mit den Anträgen,

- unter Aufhebung des Beschlusses der Markenabteilung 3.4. des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 11. Oktober 2005 dem Löschungsantrag der Beschwerdeführerin stattzugeben
- der Antragstellerin die Beschwerdegebühr zurückzuerstatten
- die Kosten des Verfahrens dem Markeninhaber aufzuerlegen.

Zutreffend sei die Markenabteilung in dem angefochtenen Beschluss zwar davon ausgegangen, dass die angegriffene Marke entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG eingetragen worden sei und diese Schutzhindernisse auch noch zum jetzigen Zeitpunkt fortbeständen.

Die im Eintragungsverfahren vorgelegten Unterlagen seien zum Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG zum Zeitpunkt der Eintragung nicht geeignet. Der Begriff „Jugendherberge“ werde nämlich in all diesen Unterlagen nur rein beschreibend und keineswegs markenmäßig verwendet. Dass dieser Begriff nur für einen einzigen bestimmten Anbieter stehen solle, gehe aus keiner der vorgelegten Unterlagen hervor. Insbesondere verwende der Markeninhaber diesen Begriff nur gemeinsam mit dem „DJH-Logo“, was aber keine ausreichende, der Identifizierung der Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend dienende Benutzung darstelle. Denn das „DJH-Logo“ sei kennzeichnungskräftiger, so dass es daher für den Verbraucher nicht nahe liege, daneben „Jugendherberge“ als (Zweit-)Marke zu verstehen. Auch die im angefochtenen Beschluss genannten Übernachtungs-, Herbergs-, Mitglieder- und Umsatzzahlen seien zum Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung ungeeignet, da daraus nicht deutlich werde, ob und wie die Marke als solche überhaupt wahrgenommen, erkannt und mit dem Unternehmen des Markeninhabers in Verbindung gebracht werde. Dies gelte auch für die vorliegenden Abbildungen von Werbemitteln, Broschüren usw..

Zur Feststellung der Verkehrsdurchsetzung sei aber unerlässlich, dass die Kennzeichnung auch tatsächlich markenmäßig verwendet werde und als betriebliches Unterscheidungsmittel die Herkunftsfunktion erfülle. Würde dagegen eine beschreibende Angabe nur als solche benutzt und verstanden, könne der Markeninhaber eine Verkehrsdurchsetzung nicht damit begründen, dass diese beschreibende Angabe häufig mit seinen Produkten in Verbindung gebracht werde.

Ein Nachweis der Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Eintragung hätte daher nur durch ein demoskopisches Gutachten erbracht werden können. Zwar sei grundsätzlich richtig, dass eine Befragung zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt nicht unproblematisch sei. Nachdem aber im Eintragungsverfahren aus nicht nachvollziehbaren Gründen auf die Einholung eines demoskopischen Gutachtens verzichtet worden sei, sei die Nachholung dieser Befragung im Lösungsverfahren unabdingbar notwendig, weil die Frage, ob eine Marke zu löschen sei, insbesondere davon abhängt, ob sie zum Zeitpunkt der Eintragung und zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Lösungsantrag schutzfähig sei.

Zu beachten sei in diesem Zusammenhang jedoch, dass es sich bei dem Begriff „Jugendherberge“ auf dem Gebiet der beanspruchten Dienstleistungen um einen Grundbegriff ähnlich wie „Hotel“, „Gasthof“, „Gasthaus“, „Pension“, „Restaurant“, „Altenheim“, „Krankenhaus“, „Klinik“ o. ä. handele, der sich zur beschreibenden Verwendung eigne und daher einem sehr hoch anzusetzenden Freihaltungsbedürfnis unterliege, welches praktisch nur durch eine einhellige Verkehrsdurchsetzung überwunden werden könne.

Der Markeninhaber und Beschwerdegegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen sowie die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

Einer Löschung stehe bereits entgegen, dass der Marke „Jugendherberge“ in Bezug auf die Dienstleistungen, für die sie geschützt sei, bereits von Haus aus keine Schutzhindernisse, insbesondere nicht diejenigen nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG entgegenstünden. Dies gelte nicht nur hinsichtlich der Dienstleistungen „Veranstaltung von Reisen, Ausbildung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten“, für die der Begriff „Jugendherberge“ offensichtlich nicht beschreibend sei, sondern auch in Bezug auf die weiteren Dienstleistungen „Beherbergung von Gästen, Verpflegung“. Denn auch insoweit werde der Begriff „Jugendherberge“ weder als Inhaltsangabe noch als Synonym für günstige Übernachtungsmöglichkeiten verstanden, sondern als Hinweis auf ein spezifisches, sich von anderen Leistungen im Bereich der Beherbergung und Verpflegung unterscheidendes Produkt des Markeninhabers. Die Wortkombination „Jugendherberge“ sei zudem nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen. Es handele sich vielmehr um eine auf den Markeninhaber zurückzuführende Wortneuschöpfung zur Bezeichnung der von ihm bzw. seinem Rechtsvorgänger betriebenen Einrichtungen. Sie sei ihrer Struktur nach ungewöhnlich und zudem interpretationsbedürftig, da ihrem Bedeutungsgehalt nach nicht entnommen werden könne, dass es sich um eine günstige Unterkunft für Reisende oder Wandergesellschaften handele. Vielmehr wisse der Verkehr, dass unter diesem Begriff ganz bestimmte, sich von andern Dienstleistern auf diesem Gebiet wie z. B. Hotels sich deutlich unterscheidende Leistungen auf dem Gebiet der Beherbergung und Verpflegung erbracht würden. Er unterscheide daher die Bezeichnung „Jugendherberge“ von allen sonstigen (Arten von) Unternehmen, die auf diesem Gebiet tätig seien.

Zu Recht habe die Markenabteilung festgestellt, dass etwaige Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 3 MarkenG durch Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden worden seien. Insbesondere erfordere der Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung nicht zwingend ein demoskopisches Gutachten, jedenfalls dann nicht, wenn wie vorliegend die eingereichten Unterlagen zu Umfang und Intensität der Benutzung der Bezeichnung sowie zur wirtschaftlichen Bedeutung und dem daraus resultierenden Marktanteil der unter der Be-

zeichnung „Jugendherberge“ betriebenen Einrichtungen die Feststellung einer Verkehrsdurchsetzung ohne besondere Schwierigkeiten ermöglichten. Den eingereichten Unterlagen könne auch eine markenmäßige Verwendung der Bezeichnung in Bezug auf die eingetragenen Dienstleistungen entnommen werden. Es treffe insbesondere nicht zu, dass die Bezeichnung „Jugendherberge“ nur zusammen mit dem Logo des Deutschen Jugendherbergswerk benutzt werde. Vielmehr werde die Bezeichnung als Titel für die Mitgliederzeitschrift sowie auf Broschüren und Souvenirs etc. häufig allein verwendet. Der Verkehr ordne das unter der Bezeichnung „Jugendherberge“ erbrachte und seiner Art und Produktmerkmalen nach einzigartige, sich von anderen Angeboten in diesem Dienstleistungsbereich deutlich unterscheidende und zudem auch an bestimmte Voraussetzungen wie z. B. einer Mitgliedschaft im Deutschen Jugendherbergswerk geknüpfte Dienstleistungsangebot seit jeher dem Markeninhaber zu.

Die Markenabteilung sei daher zu Recht davon ausgegangen, dass die beteiligten Verkehrskreise in einem für eine Verkehrsdurchsetzung ausreichenden Umfang die von der Beschwerdegegnerin für ihre Einrichtungen seit mehr als 100 Jahren benutzte Bezeichnung „Jugendherberge“ - die es zuvor nicht gegeben habe - nicht als rein beschreibende Angabe, sondern als betriebliches Unterscheidungsmittel und damit als Marke verstehen würden. Nicht erforderlich seien dafür Feststellungen zur Höhe des Durchsetzungsgrades von mehr als 50 %, da es nicht auf solche quantitativen, sondern vorrangig auf - durch die eingereichten Unterlagen umfassend belegte - qualitative Kriterien wie Marktanteil, Intensität und Dauer der Benutzung, geografische Verbreitung und Werbeaufwand des Unternehmens ankomme.

Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang die Auffassung vertrete, für den Begriff „Jugendherberge“ sei ein Durchsetzungsgrad von annähernd 100 % erforderlich, entbehre dies jeder Grundlage. Ein solches Erfordernis habe die Rechtsprechung lediglich für die Verkehrsdurchsetzung von Bezeichnungen ehemaliger staatlicher Monopolbetriebe wie z. B. „Post“ oder „Lotto“ aufgestellt. Die

Durchsetzung des Begriffs „Jugendherberge“ sei aber ausschließlich auf die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Antragsgegners auf dem Markt zurückzuführen.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Akten einschließlich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 23. Oktober 2008 Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Mit der Markenabteilung des DPMA ist der Senat der Auffassung, dass die angegriffene Marke von Hause aus einem Eintragungshindernis unterliegt. Jedoch ist die Annahme der Markenabteilung, die festgestellten Eintragungshindernisse seien infolge einer Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden, nicht begründet. Insoweit würde es nach § 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG allerdings genügen, wenn das Eintragungshindernis bis zur dieser Entscheidung über den Löschungsantrag entfallen wäre.

A. Die Markenabteilung ist - wie auch schon die zuständige Markenstelle des DPMA - zunächst ungeachtet der Frage, ob die Bezeichnung "Jugendherberge" durch Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, zutreffend davon ausgegangen, dass ihr keine originäre Schutzfähigkeit zukommt.

1. Der angegriffenen Marke stand sowohl im Zeitpunkt der Anmeldung als auch der Eintragung und steht auch noch heute das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft entgegen (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Die Wortkombination „Jugendherberge“ bezeichnet im allgemeinen Sprachgebrauch eine in erster Linie für Jugendliche gedachte (einfache) Unterkunftsstätte bzw. Beherbergungsstätte. In dieser Bedeutung ist der Begriff auch lexika-

lich nachweisbar. So bezeichnet dieser Begriff nach Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 3. Aufl. 1996, S. 793 (ebenso 6. Aufl. S. 910) eine „meist sehr einfach ausgestattete Unterkunftsstätte besonders für Jugendliche auf Wanderungen u. Reisen“ (so auch Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 1997 S. 698). Es handelt sich daher bei „Jugendherberge“ um einen Sachbegriff für eine bestimmte Art von (preisgünstigen) Unterkünften, die in erster Linie für Jugendliche bestimmt sind. Die Wortkombination ist entgegen der Auffassung des Markeninhabers keineswegs ungewöhnlich, da es sich nicht nur bei dem Begriff „Jugend“, sondern auch bei „Herberge“ um einen nach wie vor gebräuchlichen Begriff zur Bezeichnung von Unterkunfts- und/oder Übernachtungsstätten handelt. Es handelt sich daher um eine den Sprach- und Bezeichnungsgewohnheiten entsprechende Wortkombination, welche sich in vergleichbar gebildete und gebräuchliche Wortkombinationen zur Bezeichnung einer bestimmten Art von Unterkunfts-, Beherbergungs- und/oder Wohnstätten für bestimmte Personengruppen wie z. B. Seniorenheim, Sportlerhotel, Pilgerherberge, Kindergarten, Bergsteigerhütte, Jugendheim usw. einreihet. Dementsprechend findet der Begriff auch nicht nur Verwendung in Zusammenhang mit so bezeichneten Einrichtungen des Markeninhabers, sondern auch vergleichbare Einrichtungen in anderen Ländern bezeichnet man als Jugendherbergen. So spricht man in diesem Zusammenhang z. B. von „französischen Jugendherbergen“ oder „österreichischen Jugendherbergen“.

Die Markeninhaberin selbst benutzt den Begriff innerhalb ihrer vollständigen Bezeichnung „Deutsches Jugendherbergswerk Hauptverband für Jugendwandern und Jugendherbergen e.V.“ als Sachbegriff, ebenso z. B. auch in § 6 Abs. 2 Nr. 1 der „Satzung des Deutschen Jugendherbergswerks, Hauptverband“, wo es heißt: „Zur Verwirklichung seines Zweckes fördert er (der Verein) insbesondere: 1. Die Einrichtung und Führung von Jugendherbergen für junge Menschen“. Soweit der Markeninhaber geltend macht, dass er diesen Begriff vor ca. 100 Jahren erstmalig verwendet habe, begründet dies allein ebenfalls kein Verständnis der Bezeichnung als Marke zum Zeitpunkt der Eintragung, sondern betrifft zusammen mit der Frage, ob der Verkehr diese Bezeichnung im Inland ihm bzw. den von ihm betrie-

benen Einrichtungen zuschreibt, wohl eher die Frage einer möglichen Verkehrsdurchsetzung der von Haus aus nicht schutzfähigen Bezeichnung i. S. von § 8 Abs. 3 MarkenG. Denn die Beurteilung der originären Schutzfähigkeit einer Bezeichnung ist von der Person des Anmelders bzw. Markeninhabers unabhängig (vgl. BGH, MarkenR 2006, 475 - Casino Bremen).

Die angegriffene Marke erschöpfte sich damit aber zur Zeit ihrer Anmeldung und Eintragung in Bezug auf die eingetragenen Dienstleistungen in einer unmittelbar beschreibenden Angabe auf den Erbringungsort der jeweiligen Dienstleistung. Dies gilt nicht nur hinsichtlich der Dienstleistungen „Beherbergung von Gästen, Verpflegung“, die ohne weiteres in Jugendherbergen erbracht werden können und auch tatsächlich erbracht werden, sondern entgegen der Auffassung des Markeninhabers auch in Bezug auf die weiteren Dienstleistungen „Veranstaltung von Reisen, Ausbildung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten“. Die Bezeichnung "Jugendherberge" eignet sich hinsichtlich all dieser Dienstleistungen sehr gut, um schlagwortartig darauf hinzuweisen, dass sich die Angebote und Aktivitäten nicht etwa auf (Tagungs-)Hotels, Restaurants, Sportvereine, Seniorenheime, Theater, Schulen oder dergleichen beziehen, sondern in, durch oder für Jugendherbergen erbracht werden. In keinem Fall liegt ein ursprüngliches Verständnis als Marke nahe.

Auch der vom Anmelder im Eintragungsverfahren vorgelegte Jahresbericht 1998 sowie die Broschüre „Das Deutsche Jugendherbergswerk - gestern heute morgen“ und die mit Schriftsatz vom 13. August 1999 eingereichten Kopien aus Prospekten und Broschüren zeigen zudem, dass die im Verein des Markeninhabers organisierten Jugendherbergen als Leistung nicht nur die bloße Bereitstellung von Unterkünften, sondern auch die umfassende Organisation z. B. von Klassen- und Schülerreisen mit entsprechenden Aus- und Fortbildungsveranstaltungen wie auch entsprechenden Programmen aus den Bereichen Unterhaltung, Sport und Kultur anbieten. Ausweislich § 6 Abs. 2 der als Anlage Bg 32 vorgelegten „Satzung des Deutschen Jugendherbergswerks, Hauptverband“ fördert der Markeninhaber

dementsprechend nicht nur Einrichtung und Führung von Jugendherbergen für junge Menschen, sondern in Zusammenhang mit dem Betrieb und der Unterhaltung dieser Einrichtungen auch Freizeitgestaltung, Ferien- und Bildungsreisen sowie Aus- und Fortbildung (vgl. § 6 Abs. 2 Nr. 2 - 5 der Satzung). Träte somit zu dem Begriffsinhalt als solchem auch eine Kenntnis des Verkehrs, dass entsprechende Dienstleistungen vielfach nicht nur von und in anderen Beherbergungsunternehmen, sondern auch von und in Jugendherbergen erbracht werden, stellte und stellt der Begriff „Jugendherberge“ um so mehr auch in Bezug auf „Ausbildung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten“ nur einen dienstleistungsbeschreibenden Sachhinweis auf den Erbringungsort der jeweiligen Dienstleistung dar.

2. Aus den vorgenannten Gründen bestehen auch erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass der Begriff „Jugendherberge“ in Bezug auf die hier maßgeblichen beanspruchten Dienstleistungen auch eine beschreibende Angabe im Sinne des § 8 Abs 2 Nr. 2 MarkenG darstellt, an der die Mitbewerber ein berechtigtes Freihaltungsbedürfnis haben. Einer abschließenden Entscheidung bedarf es aber im Hinblick darauf, dass das Zeichen bereits keine ursprüngliche Unterscheidungskraft i. S. von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG aufweist, insoweit nicht.

B. Das Eintragungshindernis fehlender Unterscheidungskraft ist nicht im Wege der Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden worden. Dabei ist im vorliegenden Lösungsverfahren zu beachten, dass die Eintragung der Marke nur gelöscht werden kann, wenn das Eintragungshindernis auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Lösungsantrag besteht (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG).

1. Sowohl die Markenstelle als auch die Markenabteilung sind von einer Verkehrsdurchsetzung der Bezeichnung „Jugendherberge“ zum Zeitpunkt der Eintragung in Bezug auf sämtliche eingetragenen Dienstleistungen ausgegangen. Eine Differenzierung nach einzelnen Dienstleistungen wurde weder im Eintra-

gungs- noch im Lösungsverfahren vorgenommen. Die zum Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung seitens der Markeninhaberin im Eintragungs- und im Lösungsverfahren vorgelegten Unterlagen einschließlich der Angaben zu Übernachtungs- und Umsätzen wie auch der Vortrag der Markeninhaberin enthalten aber keinerlei Angaben, ob und in welchem Umfang die registrierten Dienstleistungen „Ausbildung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten“ als selbständige Dienstleistungen angeboten und erbracht werden, welcher Umsatz mit diesen erzielt worden ist bzw. welchen Marktanteil man im Bereich dieser Dienstleistungen hält. Sie betreffen vielmehr ausschließlich den Bereich der registrierten Dienstleistungen „Beherbergung von Gästen, Verpflegung“, so dass eine Verkehrsdurchsetzung nur in Bezug auf diese Dienstleistungen ernsthaft in Betracht kommt; hingegen bieten sich für die weiterhin registrierten Dienstleistungen „Ausbildung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten“ keine Anhaltspunkte für eine Verkehrsdurchsetzung, so dass diese sowohl für den Zeitpunkt der Eintragung als auch den der Entscheidung im Beschwerdeverfahren von vornherein ausgeschlossen werden kann. Dementsprechend beschäftigt sich auch das seitens der Markeninhaberin im Beschwerdeverfahren vorgelegte demoskopische Gutachten der TNS Infratest vom September 2008 allein mit der Frage einer Verkehrsdurchsetzung in Bezug auf die Dienstleistung „Beherbergung von Gästen“.

2. Aber auch in Bezug auf die Dienstleistungen „Beherbergung von Gästen, Verpflegung“ hätte die angegriffene Marke nicht als durchgesetzte Marke in das Register eingetragen werden dürfen, da entgegen der Auffassung der Markenabteilung weder das im Eintragungsverfahren noch im Lösungsverfahren vor der Markenabteilung und dem Gericht vorgelegte Material den Nachweis erbringt, dass sich die angegriffene Marke vor dem Eintragungszeitpunkt infolge ihrer Benutzung für diese Dienstleistungen in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hatte (§ 8 Abs. 3 MarkenG).

a) Zutreffend ist die Markenabteilung allerdings davon ausgegangen, dass im Eintragungsverfahren einem solchen Nachweis nicht allein schon das Fehlen eines demoskopischen Gutachtens entgegenstand. Wenngleich demoskopische Meinungsbefragungen in der Regel den einfachsten und sichersten Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung ermöglichen und es deshalb auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH, wonach es dem nationalen Verfahrensrecht überlassen ist, welche Erkenntnisse in welchem Umfang im Einzelfall herangezogen und bewertet werden (vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727 Tz. 53 - Chiemsee; GRUR 2002, 804, 808 Tz. 65 - Philips), regelmäßig nicht zu beanstanden ist, wenn die Markenstelle im Eintragungsverfahren zum Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung idR die Beibringung einer demoskopischen Endverbraucherbefragung verlangt (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 334), so ist ein solches Gutachten gleichwohl nicht zwingende Voraussetzung für den Nachweis einer Durchsetzung der Bezeichnung in Bezug auf die beanspruchten bzw. registrierten Dienstleistungen. Vielmehr ist die Frage, ob eine Bezeichnung in Folge ihrer Benutzung als Marke Verkehrsdurchsetzung i. S. des § 8 Abs. 3 MarkenG erlangt hat, auf Grund einer Gesamtschau der Gesichtspunkte zu beantworten, die zeigen können, dass die Bezeichnung die Eignung erlangt hat, die fraglichen Waren und/oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren/Leistungen damit von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Dazu gehören alle Maßnahmen des Anmelders, seine Bezeichnung auf dem Markt zur Geltung zu bringen, also der Marktanteil und die mit ihr erzielten Umsätze, die Intensität, die geographische Verbreitung und die Dauer der Benutzung der Bezeichnung, der Werbeaufwand dafür usw. (vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727 Tz. 54 - Chiemsee, BGH GRUR 2006, 760 - LOTTO).

Nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 3 MarkenG setzt die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung dabei grundsätzlich voraus, dass die Bezeichnung als Marke, d. h. markenmäßig und nicht lediglich als beschreibende Angabe verwendet wird. Wird hingegen eine beschreibende Angabe nur als solche benutzt oder verstanden,

kann eine Verkehrsdurchsetzung nicht damit begründet werden, dass diese beschreibende Angabe (als solche) überwiegend oder sogar ausschließlich von einem Unternehmen verwendet wird und deshalb mit dessen Produkten/Leistungen in Verbindung gebracht wird (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 306). Daher ist auch eine z. B. durch langjährigen Gebrauch erzielte noch so große Bekanntheit einer Angabe oder eines Zeichens irrelevant, wenn diese nicht als herkunftskennzeichnende Hinweise verstanden werden (vgl. BGH GRUR 2006, 760, 762 - LOTTO; Ströbele, GRUR 2008, 569, 573).

b) Es bestehen bereits erhebliche Zweifel, ob der Begriff „Jugendherberge“ vor dem Eintragungszeitpunkt im Inland markenmäßig für die beanspruchten Dienstleistungen benutzt worden ist.

aa) So enthalten die seitens der Markeninhaberin sowohl im Eintragungs- als auch im Lösungsverfahren eingereichten Unterlagen in Form von Prospekten, Broschüren, Zeitschriften, Jahresberichten und sonstigem Werbematerial bereits in aller Regel keine Verwendung der Bezeichnung in Alleinstellung, sondern in unmittelbarem Zusammenhang mit einem die Buchstabenfolge „DJH“ enthaltenden Wort-/Bildzeichen („DJH-Logo“). Für den Verkehr besteht aber grundsätzlich kein Anlass, in der von Haus aus nicht unterscheidungskräftigen Angabe „Jugendherberge“ - wobei in den vorgenannten Unterlagen zumeist die Pluralform „Jugendherbergen“ bzw. „Die Jugendherbergen“ verwendet wird - neben dem kennzeichnungskräftigen Wort-/Bildzeichen einen eigenständigen betrieblichen Herkunftshinweis zu sehen (vgl. BPatG GRUR 2005, 337, 340 - VISAGE). Vielmehr wird er darin nur einen sachbezogenen Hinweis auf die Art der bezeichneten Beherbergungsbetriebe erkennen.

bb) Ebenso wenig ist der aus einer Reihe von Unterlagen ersichtliche Gebrauch der Bezeichnung als Titel von Zeitschriften, Jahresberichten oder ähnlichen Druckerzeugnissen zum Nachweis einer markenmäßigen Benutzung geeignet. Zwar können Titel im Sinne des § 5 Abs. 1 MarkenG auch Marken sein, allerdings

nur dann, wenn sie die speziellen Anforderungen an kennzeichnungskräftige Begriffe und/oder Zeichen nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG erfüllen. Wenn es sich wie vorliegend jedoch um einen markenmäßig nicht kennzeichnungskräftigen Begriff handelt, wird der Verkehr darin zwar aufgrund der konkreten Aufmachung bzw. Herausstellung dessen Funktion als Titel des jeweiligen Druckerzeugnisses erkennen und als solchen wahrnehmen, damit aber in aller Regel aufgrund des mit einem Titel wie „Jugendherberge“ oder „Die Jugendherberge“ verbundenen Sachaussagegehalts in Bezug auf Inhalt und Thematik des so bezeichneten Druckerzeugnisses keinen betrieblichen Herkunftshinweis hinsichtlich der beanspruchten Dienstleistungen verbinden. Soweit die Druckerzeugnisse zudem in hinreichend deutlicher Form neben dem Titel auch die kennzeichnungskräftige Wort-/Bildmarke mit der Buchstabenfolge „DJH“ enthalten, besteht für den Verkehr um so weniger Anlass, in dem Titel eine Marke für die verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen zu sehen.

cc) Auch in der weiterhin aus den eingereichten Unterlagen ersichtlichen Beschriftung der vom Markeninhaber betriebenen Einrichtungen mit dem Schriftzug „Jugendherberge“ - wobei der Begriff „Jugendherberge“ entweder in Alleinstellung oder mit einem örtlichen (z. B. „Jugendherberge Schleswig“) bzw. namensmäßigen Zusatz (z. B. „Jupp-Schöttler-Jugendherberge“, Anlage Ast 6 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 10. August 2004) verwendet wird - kann man entgegen der Auffassung der Markenabteilung ebenfalls keine markenmäßige Nutzung der Bezeichnung sehen, da der Verkehr darin regelmäßig nur eine Etablissementbezeichnung für eine bestimmte Art von Unterkunfts- und Beherbergungsstätten erkennen wird. Dies gilt vorliegend um so mehr, als es gerade im Beherbergungs- und Gastronomiebereich durchaus branchenüblich ist, in Geschäfts- und Firmenbezeichnungen auf die Art des Beherbergungsbetriebes durch entsprechende beschreibende Zusätze wie z. B. „Hotel“, „Motel“, „Pension“ etc. hinzuweisen und dies auch entsprechend an den betriebenen Einrichtungen selbst anzubringen. Der Verkehr wird daher auch in dem an den jeweiligen Einrichtungen angebrach-

ten Schriftzug „Jugendherberge“ lediglich einen Sachhinweis auf die Art des Beherbergungsbetriebes in Abgrenzung zu Hotels, Pensionen etc. sehen.

dd) Geschäftskorrespondenz, der eine markenmäßige Verwendung dieser Bezeichnung zum Zeitpunkt der Eintragung entnommen werden könnte, wurde ebenfalls nicht vorgelegt. Bloße Briefbogenvordrucke wie sie die Markeninhaberin als Anlage BG 30 zum Schriftsatz vom 9. Oktober 2008 vorgelegt hat, sind als Nachweis ungeachtet der Tatsache, dass in ihnen das „DJH-Logo“ verwendet wird, schon deshalb ungeeignet, weil sie keine konkrete Zuordnung zu einer eingetragenen Dienstleistung ermöglichen. Es muss jedoch erkennbar sein, auf welche konkrete Dienstleistung sich der Gebrauch der Bezeichnung bezieht (vgl. BGH GRUR 2008, 617, 618 Tz. 13 - AKZENTA).

ee) Ebenso wenig erweckt der Gebrauch der Bezeichnung „Jugendherberge“ auf verschiedenen Werbe- bzw. Merchandising-Artikel sowie in Internetadressen (www.jugendherberge.de) den Eindruck einer markenmäßigen Verwendung. Zudem fehlt es auch insoweit an einem hinreichend konkreten Bezug zu den registrierten Dienstleistungen.

c) Unabhängig davon bieten auch die Angaben zu Marktanteil und -position des Markeninhabers keine hinreichende Grundlage für die Feststellung, dass der Verkehr zum Zeitpunkt der Eintragung in dem Begriff „Jugendherberge“ nicht nur eine Sachbezeichnung der so benannten Einrichtung, sondern eine Marke erkannt hat.

Zwar sind die aus den Unterlagen, insbesondere den Jahresberichten ersichtlichen Übernachtungszahlen und Umsatzergebnisse der vom Markeninhaber bzw. unter seiner Trägerschaft betriebenen Jugendherbergen für sich betrachtet durchaus beachtlich. Aus ihnen lässt sich jedoch entgegen der Auffassung der Markenabteilung eine Verkehrsdurchsetzung in Bezug auf die relevanten Dienstleistungen nicht herleiten. Zu beachten ist nämlich, dass die eingetragene Marke u. a. für „Beherbergung von Gästen, Verpflegung“ registriert ist. Für die Frage der Ver-

kehrsdurchsetzung in Bezug auf diese Dienstleistungen kommt es somit aber nicht auf den Marktanteil und die Marktstellung des Markeninhabers im - markenrechtlich wohl ohnehin kaum abgrenzbaren - Bereich preisgünstiger, in erster Linie für junge Menschen gedachter Übernachtungs- und Beherbergungsmöglichkeiten bzw. – wie der Markeninhaber es formuliert – im „Segment günstiger Übernachtungsmöglichkeiten“ an. Vielmehr muss eine Verkehrsdurchsetzung sich auf den gesamten von diesen Oberbegriffen umfassten Bereich beziehen. Darauf hat der Senat im Zwischenbescheid vom 30. April 2008 hingewiesen sowie andererseits auch darauf, dass die Markenstelle im Eintragungsverfahren wohl einem unzulässigen Rückschluss vom Begriffsgehalt der angemeldeten Bezeichnung auf die potentiellen Nutzer der Dienstleistungen unterlegen sei. Insoweit ist daher für die Frage einer Verkehrsdurchsetzung allein die Stellung des Markeninhabers im gesamten Gastronomie- und Beherbergungsbereich und nicht nur in dem von dem Markeninhaber abgedeckten Dienstleistungsbereich preisgünstiger Übernachtungs- und Beherbergungsmöglichkeiten maßgebend, so dass für die Frage einer Verkehrsdurchsetzung auch unerheblich ist, ob außer dem Markeninhaber noch weitere Anbieter solche den Jugendherbergen vergleichbare oder ähnliche Einrichtungen betreiben.

In Bezug auf den danach maßgeblichen Gesamtbereich der eingetragenen Dienstleistungen „Beherbergung von Gästen, Verpflegung“ erlauben aber weder die im Eintragungs- noch im Löschungsverfahren gemachten Angaben zu Übernachtungszahlen, Umsatzerlösen etc. hinreichende Feststellungen, über welchen Marktanteil der Markeninhaber mit den von ihm betriebenen Einrichtungen verfügt, ob und ggf. ihm insoweit eine führende Stellung im Beherbergungs- und Gastromiegewerbe zukommt bzw. über welche Marktposition er im Vergleich zu Mitbewerbern und Konkurrenten verfügt. Für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Eintragung ergeben sich daher insoweit keine Anhaltspunkte. Die genannte Anzahl der unter der Verbandszugehörigkeit zum Markeninhaber betriebenen Jugendherbergen und der jährlichen Übernachtungen lassen vielmehr den sicheren Schluss zu, dass diese bezogen auf den gesamten inländi-

schen Markt der eingetragenen Dienstleistungen keinen für eine Verkehrsdurchsetzung erheblichen Anteil darstellen.

d) Die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Eintragung wird auch nicht durch die auf den Anmeldezeitpunkt bezogene Frage 7 und der dazu in Tab. 13 ermittelten Werte des im Beschwerdeverfahren vorrangig zum Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung zum gegenwärtigen Zeitpunkt vorgelegten demoskopischen Gutachtens der TNS Infratest vom September 2008 gestützt, sondern vielmehr widerlegt. Dieses Gutachten betrifft ausdrücklich nur die Dienstleistung "Beherbergung von Gästen", so dass es zum Beleg einer weitergehenden Verkehrsdurchsetzung ohnehin nicht geeignet ist.

aa) Das Gutachten der TNS-Infratest räumt ein, dass Messungen im Hinblick auf in der Vergangenheit liegende Zeiträume nach demoskopischer Erfahrung wegen der damit verbundenen Erinnerungsverluste regelmäßig mit mehr oder weniger großen Unsicherheiten behaftet seien (vgl. Seite 1 des Gutachtens zu Ziff. 2.1 „Aufgabenstellung“). Der Frage, ob den auf die Anmeldung rückbezogenen Werten überhaupt noch ein hinreichender Erkenntniswert zukommt (vgl. dazu auch Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 341, BPatG GRUR 1997, 833, 835 - Digital), muss jedoch nicht weiter nachgegangen werden. Es kann auch dahin gestellt bleiben, ob - wenn überhaupt eine Rückbeziehung vorgenommen werden sollte - nicht sinnvoller auf den weniger lang zurückliegenden Eintragungszeitpunkt abzustellen gewesen wäre, da es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass sich die maßgeblichen Daten in dem dazwischen liegenden Zeitraum wesentlich verändert haben könnten und im Lösungsverfahren eine Zeitrangverschiebung anders als im Eintragungsverfahren (§ 37 Abs. 2 MarkenG) ohnehin nicht mehr in Betracht kommt (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG). Schließlich muss auch ganz allgemein hinsichtlich der Fragestellung möglichen Bedenken nicht nachgegangen werden. Denn die mit dem Gutachten erhobenen objektiven Fakten tragen die im "Kommentar" des Gutachtens gezogenen Schlussfolgerungen nicht.

bb) Aus den in Tab. 13 des demoskopischen Gutachtens ermittelten Werten lässt sich eine Verkehrsdurchsetzung im Herbst 1998 nicht ableiten. Das Gutachten kommt in Tab. 13 auf Basis einer Befragung von 2.102 Personen „ab 24 Jahre“ unter Heranziehung des in Tabelle 12 des Gutachtens für den gegenwärtigen Zeitpunkt ermittelten Durchsetzungsgrades von 52,6 % bei „potentiellen Besuchern von Jugendherbergen“ bzw. 55,7 % bei „Besuchern von Jugendherbergen, die weiteren Besuch nicht ausschließen“ unter Anwendung einer Rückrechnungsmethode zu einem auf den Herbst 1998 bezogenen Durchsetzungsgrad der Bezeichnung von 50,3 % ($0,526 \times 95,7$) bzw. 54,6 % ($0,557 \times 98,1$) in den beiden vorgenannten Verkehrskreisen (vgl. Kommentar Seite 8 Ziff. 2.2 des Gutachtens).

cc) Diese Werte können den Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung bereits deshalb nicht erbringen, weil ihnen keine zutreffende Ermittlung der zu berücksichtigenden Verkehrsteilnehmer zugrunde liegt. Diese bestimmen sich nämlich nach den registrierten Dienstleistungen und deren üblicher bestimmungsgemäßer Verwendung. Daher muss bei Waren und/oder Dienstleistungen, die sich uneingeschränkt an allgemeine und praktisch die gesamte Bevölkerung umfassende Verkehrskreise richten, wozu auch die hier maßgebliche Dienstleistung „Beherbergung von Gästen“ gehört, der erforderliche Durchsetzungsgrad dementsprechend in diesen Verkehrskreisen erreicht sein. Im Zwischenbescheid vom 30. April 2008, also bevor das demoskopische Gutachten in Auftrag gegeben worden ist, hat der Senat im Hinblick auf die von der Markenstelle des DPMA als relevant angenommenen spezifischen Verkehrskreise ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nicht vom Begriffsinhalt des fraglichen Markenwortes auf die beteiligten Verkehrskreise geschlossen werden dürfe. Da trotz dieses Hinweises und der eingehenden Erörterung der Frage der relevanten Verkehrskreise in der mündlichen Verhandlung der Markeninhaber auch im - nicht nachgelassenen - Schriftsatz vom 14. November 2008 wiederum von eingeschränkten Verkehrskreisen ausgegangen wird, erläutert der Senat die Maßgeblichkeit der allgemeinen Verkehrskreise ergänzend an folgendem Beispiel: Wenn es um die Durchsetzung der Bezeich-

nung "Fußballclub" für die "Durchführung von sportlichen Veranstaltungen" ginge, wären die zu berücksichtigenden Verkehrskreise wegen der (wie im vorliegenden Fall) umfassenden Art der Dienstleistungen, für die Markenschutz beansprucht wird, nicht etwa auf Personenkreise zu begrenzen, die als Fußballspieler oder Zuschauer von Fußballspielen in Betracht kommen. Vielmehr müssten alle möglichen Teilnehmer an sportlichen Veranstaltungen verschiedener Art berücksichtigt werden. Der Begriffsinhalt der als Marke angemeldeten/eingetragenen Bezeichnung sowie auch die - sich künftig möglicherweise ändernde - Person des Anmelders/Inhabers und spezielle Art des Geschäftsbetriebs spielen dabei keine Rolle.

Somit kann entgegen der Auffassung des Markeninhabers nicht allein auf „potentielle Besucher von Jugendherbergen“ und erst recht nicht auf „Besucher von Jugendherbergen, die einen weiteren Besuch nicht ausschließen“, abgestellt werden. Maßgebend sind vielmehr all diejenigen, die als Nutzer von Beherbergungsdienstleistungen, ganz gleich ob diese in Hotels, Pensionen usw. oder eben in Jugendherbergen angeboten und erbracht werden, in Frage kommen. Daraus folgt, dass für die Ermittlung des Durchsetzungsgrades der Bezeichnung „Jugendherberge“ allein auf die Gesamtzahl der zu Frage 7 Befragten (2.102 Personen) abzustellen ist. Ausgenommen werden könnten allenfalls solche Verkehrsteilnehmer, die die relevanten Dienstleistungen „kategorisch ablehnen“ (BGH GRUR 2006, 760 Tz. 22 - LOTTO). Dabei handelt es sich entgegen der Auffassung des Markeninhabers jedoch nicht um solche Personen, die eine Beherbergung in Jugendherbergen ablehnen oder - entsprechend der Formulierung in Frage 8 A des Gutachten - jedenfalls „eher ausschließen“, sondern berücksichtigt werden könnten insoweit nur diejenigen Verkehrsteilnehmer, die generell solche unter den Oberbegriff „Beherbergung von Gästen“ fallende Dienstleistungen „kategorisch“ ablehnen. Anders aber als z. B. bei Glücksspielen wie sie der „LOTTO“-Entscheidung des BGH (a. a. O) zugrunde lagen, kann für den hier relevanten Bereich der Beherbergungsdienstleistungen nicht ernsthaft angenommen werden, dass für die Ermittlung des Durchsetzungsgrades relevante Teile der Bevölkerung diese Dienstleistungen ihrer Art und Bestimmung nach „kategorisch ablehnen“.

Danach ist für Herbst 1998 die Zahl der diesbezüglich Befragten nach Tab. 13 maßgeblich (2.102 Personen). Unter Zugrundelegung der im Gutachten angewendeten „Rückrechnungsmethode“ ergibt sich dann aber bei einem in Tab. 12 in Bezug auf die Gesamtzahl der Befragten (2.400 Personen) ermittelten gegenwärtigen Durchsetzungsgrad von 42,4 % ein rückbezogener Durchsetzungsgrad von nur 35,95 % ($0,848 \times 42,4$).

dd) Dieser Wert rechtfertigt aber unter keinem denkbaren Gesichtspunkt die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung zu diesem Zeitpunkt. Dies gilt auch dann, wenn man zugunsten des Markeninhabers die aktuell ermittelten 42,4 % auch für den Herbst 1998 als Durchsetzungsgrad zugrunde legen würde. Zwar kann bei der Feststellung des im Einzelfall erforderlichen Durchsetzungsgrades nicht von festen Prozentsätzen ausgegangen werden; sofern jedoch nicht besondere und hier nicht erkennbare Umstände eine abweichende Beurteilung rechtfertigen, kann nach ständiger Rechtsprechung die untere Grenze jedenfalls nicht unterhalb eines Durchsetzungsgrads von 50 % angesetzt werden (vgl. BGH GRUR 2006, 760, 762 - LOTTO; GRUR 2007, 1071, 1073 - Kinder II; GRUR 2008, 710, 712 Tz. 26 - VISAGE). Dieser wird jedoch vorliegend deutlich verfehlt. Wird somit aber nicht einmal der im Regelfall erforderliche Mindestdurchsetzungsgrad von 50 % erreicht, kann die in diesem Zusammenhang seitens der Beteiligten aufgeworfene Frage, ob bei einem Begriff wie „Jugendherberge“ zur Überwindung bestehender Schutzhindernisse sogar eine deutlich höhere Verkehrsdurchsetzung erforderlich ist (vgl. dazu BGH GRUR 2006, 760, 762 Tz. 20 - LOTTO), offen bleiben.

e) Somit belegt auch das eingereichte demoskopische Gutachten, dass die Markenstelle und die Markenabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts aus unzureichenden Unterlagen den nicht zutreffenden Schluss auf eine im Anmeldezeitpunkt bestehende Verkehrsdurchsetzung gezogen haben. Anhaltspunkte für eine seitdem rückläufige Entwicklung sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

3. Die Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG sind auch nicht durch eine nachträgliche Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag überwunden (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG), so dass die Streitmarke auch unter diesem Gesichtspunkt nicht im Register verbleiben kann. Im Hinblick auf eine zur Frage der Berücksichtigung nachträglicher Verkehrsdurchsetzung bestehende Meinungsverschiedenheit der Beteiligten hatte der Senat in der Terminladung vom 7. Mai 2008 auf die Maßgeblichkeit der Lage auch noch im Entscheidungszeitpunkt hingewiesen, woraufhin der Markeninhaber mitteilte, dass er ein demoskopisches Gutachten in Auftrag gegeben habe.

Das demoskopische Gutachten vom September 2008 lässt die Annahme einer aktuellen Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke für "Beherbergung von Gästen" (nur darauf bezog sich die Befragung) nicht zu. Gemäß Tab. 12 ist in Bezug auf den Verkehrskreis „potentielle Besucher von Jugendherbergen“ ein Durchsetzungsgrad von 52,6 % sowie in Bezug auf den (engeren) Verkehrskreis „Besucher von Jugendherbergen, die weiteren Besuch nicht ausschließen“, ein Durchsetzungsgrad von 55,7 % ermittelt worden. Wie bereits dargelegt, liegt dieser Ermittlung des Durchsetzungsgrades aber keine zutreffende Erfassung des Kreises der zu berücksichtigenden Verkehrsteilnehmer zugrunde, weil diese nicht auf (potentielle) Besucher von Jugendherbergen beschränkt werden dürfen. Insofern wird auf die Ausführungen unter B.2.d.cc) Bezug genommen. Maßgebend ist vielmehr die Gesamtzahl der Befragten (2.400 Personen). Bei diesen weist das Gutachten aber in Tab. 12 lediglich einen Durchsetzungsgrad von 42,4 % aus. Dieser Wert bleibt damit aber auch ungeachtet etwaiger Fehlertoleranzen weit unter dem nach der Rechtsprechung im Regelfall erforderlichen Mindestdurchsetzungsgrad von 50 %, so dass für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung der Bezeichnung „Jugendherberge“ für Beherbergungsdienstleistungen kein Raum ist.

Scheidet bei diesem Ergebnis der Umfrage die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise aus, bedarf es keiner näheren Erörterung der Unterlagen, die vom Markeninhaber im Beschwerdeverfahren zur

aktuellen Ergänzung des Vorbringens im Verfahren vor dem DPMA eingereicht worden sind. Insoweit gelten aber ebenfalls die oben ausgeführten Bedenken bezüglich einer markenmäßigen Benutzung der Bezeichnung "Jugendherberge" und der Marktposition im Gesamtbereich der registrierten Dienstleistungen „Beherbergung von Gästen, Verpflegung, Veranstaltung von Reisen, Ausbildung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten“. Denn auch die den aktuellen Zeitraum betreffenden Unterlagen weisen keine markenmäßige Nutzung der Bezeichnung in Bezug auf diese Dienstleistungen, insbesondere nicht hinsichtlich „Beherbergung von Gästen, Verpflegung“ aus. Ebenso erlauben die Angaben zu Übernachtungszahlen, Umsatzerlösen etc. keinen Rückschluss auf einen für eine Verkehrsdurchsetzung sprechenden Marktanteil bzw. eine führende Stellung des Markeninhabers im hier allein relevanten gesamten Gastronomie- und Beherbergungsbereich.

D. Auf die Beschwerde der Antragstellerin ist daher der angefochtene Beschluss aufzuheben und die eingetragene Marke 398 69 072 zu löschen.

Der nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichte (nicht nachgelassene) Schriftsatz des Markeninhabers vom 14. November 2008 bietet keinen Anlass für eine Wiedereröffnung der Verhandlung (§§ 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG, 156 ZPO). Insbesondere ist auch unter Berücksichtigung der aktuellen, bisher noch nicht veröffentlichten Entscheidung des BGH vom 23. Oktober 2008 betreffend das Lösungsverfahren bezüglich der Marke „POST“ nicht die Einholung eines weiteren demoskopischen Gutachtens geboten, da durch das vorliegende demoskopische Gutachten von TNS Infratest alle maßgeblichen Daten erhoben worden sind und sämtliche für eine Verkehrsdurchsetzung relevanten Fragen behandelt und beantwortet werden.

Die mündliche Verhandlung ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt wieder zu eröffnen, dass der frühere Vorsitzende der Markenabteilung 3.4 des DPMA, der in dieser Funktion im vorliegenden Verfahren mitgewirkt hatte, in der öffentlichen

Verhandlung vor dem BPatG am 23. Oktober 2008 anwesend war. An ihn sind seitens des Senats keine im Verfahren eingereichten Unterlagen weitergeleitet worden. Vielmehr trugen die vom Beschwerdeführer im Schriftsatz vom 20. Oktober 2008 genannten Anlagen bereits bei Eingang im Gericht die (mitkopierten) Versendungsverfügungen. Es bestanden auch sonst keine Kontakte im Zusammenhang mit dem Lösungsverfahren. Für eine gerichtliche Aufklärung bezüglich eines am Verfahren etwa bestehenden Interesses gibt es schon mangels Relevanz für das Verfahren und die getroffene Entscheidung keine Grundlage.

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

F. Zu einer seitens der Antragstellerin beantragten Rückzahlung der Beschwerdegebühr gemäß § 71 Abs. 3 MarkenG besteht keine Veranlassung, da sich für eine völlig fehlerhafte bzw. unvertretbare Sachbehandlung durch die Markenabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts keine Anhaltspunkte bieten, insbesondere vor dem Hintergrund der „Chiemsee-Entscheidung“ des EuGH eine solche nicht darin gesehen werden kann, dass der Beschluss ohne demoskopisches Gutachten ergangen ist.

Auch zu einer wechselseitig beantragten Kostenauflegung auf einen der Beteiligten bot der Streitfall keinen Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG). Nach § 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG hat im markenrechtlichen Beschwerdeverfahren auch für den Fall

des Unterliegens grundsätzlich jeder Beteiligte die ihm entstandenen Kosten selbst zu tragen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn aus Gründen der Billigkeit eine hiervon abweichende Entscheidung geboten ist (§ 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG). Besondere, von der Norm abweichende Umstände, die eine Kostenüberbürdung rechtfertigen könnten, etwa ein mit der prozessualen Sorgfalt nicht zu vereinbarendes Verhalten eines der Beteiligten, sind nicht ersichtlich.

Kliems

Bayer

Merzbach

Bb