



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 192/09

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
12. Oktober 2010

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 305 32 671.6

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. August 2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll sowie der Richter Merzbach und Metternich

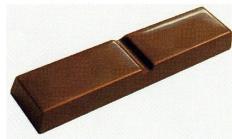
beschlossen:

Die Beschwerde der Markenmelderin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die nachfolgend dargestellte Form eines Schokoladenriegels



wurde am 6. Juni 2005 als dreidimensionale Marke für eine Reihe von Waren der Klasse 30 angemeldet. Nachdem die Anmelderin im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt das Warenverzeichnis mit Schriftsatz vom 4. September 2006 beschränkt hat, ist die Anmeldung, die unter der Nummer 305 32 671.6 geführt wird, noch in Bezug auf die Waren

"Schokolade und Schokoladewaren"

anhängig.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung mit zwei Beschlüssen vom 21. März 2007 und vom 3. Juli 2009, von denen Letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, zurückgewiesen.

Die Markenstelle ist der Auffassung, dass der angemeldeten Marke jegliche Unterscheidungskraft fehlt (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), ihr ebenfalls das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegensteht und sie auch nicht aufgrund Verkehrsdurchsetzung eingetragen werden kann (§ 8 Abs. 3 MarkenG).

Die angemeldete Marke stelle einen unverpackten, länglichen Schokoladenriegel dar, in dessen Mitte sich eine Einkerbung befinde. Diese Form gehe auf eine auf dem vorliegenden Warengbiet vielfach eingesetzte rechteckige Grundform zurück und füge sich nahtlos in die gängigen Grundformen ein. Die mittige Einkerbung sei nur funktionaler Natur, da dadurch die Portionierung für den Verbraucher erleichtert werde. Insgesamt handele es sich um eine Kombination bekannter Formelemente, die nur wenig über die Grundform selbst hinausgehe und lediglich als weitere Variante in einem reichlich vorhandenen Formenschatz erscheine.

Die von der Anmelderin eingereichten Unterlagen seien nicht geeignet, die Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke zu begründen. Insoweit komme nur ein demoskopisches Gutachten in Betracht. Das von der Anmelderin eingereichte und von der Fa. I... GmbH erstellte Verkehrsgutachten aus dem Jahre 2005 sei nicht geeignet, eine Verkehrsdurchsetzung zu belegen. Nach den Zahlen des Gutachtens bildeten ... Personen die beteiligten Verkehrskreise und damit den grundlegenden ... %-Wert. Davon hätten ... Befragte die angemeldete Form einem bestimmten Unternehmen und ... Befragte mehreren Unternehmen zugeordnet. Bei dem Zuordnungsgrad sei aber höchstens von ... Befragten auszugehen, bei denen eine Zuordnung zur Anmelderin bejaht werden könne. Dies ergebe einen Zuordnungsgrad von ... %. Dieser Wert sei aber nicht ausreichend, um eine Verkehrsdurchsetzung annehmen zu können. Erforderlich sei ein deutlich höherer Durchsetzungsgrad, der nahezu einhellig, jedenfalls aber weit oder erheb-

lich über ... % liegen müsse. Wenn nahezu ... % der Befragten in der angemeldeten Form keine Marke sehen würden, könne nicht von Verkehrsdurchsetzung gesprochen werden.

Dagegen richtet sich die von der Anmelderin erhobene Beschwerde.

Die Anmelderin ist der Auffassung, dass die angemeldete Form ("Merci-Riegel") im Sinne des § 3 MarkenG markenfähig ist und auch originäre Unterscheidungskraft hat. Diese Form sei weder durch die Art der beanspruchten Ware bedingt, noch sei sie zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich. Insbesondere diene die mittig angeordnete, quer verlaufende Rille nicht zur Portionierung, sondern habe ausschließlich eine dekorative, ästhetische Funktion, zumal die Verbraucher auf eine hälftige Teilung keinen Wert legten und eine solche Portionierung auch durch die Einkerbung nicht zuverlässig erreicht werden könne. Aufgrund der Größe des Riegels sei es auch nicht erforderlich, diesen zu teilen; er werde i.d.R. vollständig gegessen, wobei der Wickler so gestaltet sei, dass der Verbraucher den Riegel gar nicht anfassen müsse. Ferner handele es sich nicht um die Form eines typischen Riegels im Süßwarenereich, da sich der "Merci-Riegel" bereits durch Größe und Gewicht davon unterscheide, die angemeldete Form im Vergleich länger (Länge zu Breite), niedriger (Länge zu Höhe) und deshalb wesentlich eleganter gestaltet sei. In dieser Formgestaltung vergleichbare Riegel würden am Markt nicht angeboten werden. Diese Form sei so markant, dass sie mit einem beliebigen Riegel typischer Art nicht verwechselt werde.

Für die Frage der Verkehrsdurchsetzung seien die neben dem Gutachten der Fa. I... GmbH eingereichten Unterlagen, insbesondere zu den weitreichenden Investitionen der Anmelderin in die Markenkommunikation, keineswegs irrelevant. Die Werbung habe zudem stets die Form des Produktes als markantes Unterscheidungsmerkmal in das Bewusstsein des Publikums gerufen und gefestigt. Die Riegel seien auf der Verpackung abgebildet und durch die zur Hälfte transparenten Einwickler in der angemeldeten Gestaltung erkennbar. Die Verpackung sei mi-

nimalistisch, so dass der Konsument den unverstellten Blick auf die Vielfalt der von der Anmelderin angebotenen Schokoladen-Riegel habe.

Im Übrigen habe die Markenstelle das Verkehrsgutachten der Fa. I... GmbH fehlerhaft gewürdigt. Zum einen seien nach der ROCHER-Entscheidung des BGH (GRUR 2010, 138) an Warenformmarken keine besonderen Anforderungen hinsichtlich der Verkehrsdurchsetzung zu stellen. Da es sich um einen gleichgelagerten Sachverhalt handele, reiche der von der Markenstelle ermittelte Zuordnungswert von ... % für eine Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke aus. Ferner sei die Beurteilung der einschlägigen Verkehrskreise zweifelhaft. Es müssten die Personen abgezogen werden, die Schokoladenwaren weder für sich, noch für andere erwerben. Bei der Zuordnungsfrage müssten zugunsten der Anmelderin diejenigen berücksichtigt werden, die die Marke als Hinweis auf ein Unternehmen auffassen, dieses aber nicht namentlich benennen könnten. Außerdem müssten zugunsten der Anmelderin auch solche Befragten hinzugerechnet werden, die ein anderes Unternehmen namentlich benannt hätten oder die Angabe "ALDI" irrtümlich als Handelsmarke angesehen hätten. Insgesamt sei Verkehrsdurchsetzung gegeben. Dafür sprächen auch die seit 1964 unveränderte Form des "Merci-Riegels", die durch intensive Werbung allgegenwärtig und viel mehr Verbrauchern präsent sei, der mit dieser Bekanntheit korrespondierende Absatz, den die Anmelderin mit dem Produkt "Merci" erziele, der damit erreichte Marktanteil und die hohen Marketing-Aufwendungen für dieses Produkt, die im Jahre 2005 mehr als ... Mio. € betragen hätten. Aus dem Gutachten der Fa. I... GmbH ergebe sich aus Sicht der Anmelderin zudem ein Durchsetzungsgrad von ... %. Dabei seien Antworten, die das Produkt namentlich benennen, den Antworten mit der Benennung des Unternehmens der Anmelderin gleichzusetzen, zumal die Verbraucher Produkte und Unternehmen oft nicht korrekt assoziieren könnten; daher würden bekannte Unternehmen oft als erstes benannt. Fragen nach Unternehmen führten letztlich in die Irre und seien unnötig und überflüssig. Näher liege es bei Warenformmarken, nach der Bezeichnung des Produkts zu fragen. Insgesamt sei davon

auszugehen, dass ca. ... Befragte die angemeldete Warenform zutreffend der Anmelderin zugeordnet hätten, was für eine Verkehrsdurchsetzung ausreiche.

Die Anmelderin beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 21. März 2007 und vom 3. Juli 2009 aufzuheben.

Ferner regt sie für den Fall der Zurückweisung der Beschwerde die Zulassung der Rechtsbeschwerde an. Hilfsweise regt sie ferner an, dass eine weitere Verkehrsbefragung von Amts wegen durchgeführt wird, oder ihr Gelegenheit gegeben wird, eine hinsichtlich der konkreten Fragestellungen mit dem erkennenden Senat abgestimmte weitere Verkehrsbefragung in Auftrag zu geben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle, die Schriftsätze der Anmelderin, das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 19. August 2010 und den übrigen Akteninhalt verwiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber nicht begründet. Der als dreidimensionale Marke angemeldete Warenform fehlt in Bezug auf die beanspruchten Waren jegliche Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Dieses Schutzhindernis ist auch nicht durch Verkehrsdurchsetzung i.S.d. § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden worden. Die Anmeldung ist deshalb von der Markenstelle zu Recht gemäß § 37 Abs. 1 MarkenG zurückgewiesen worden.

1. Es spricht einiges dafür, dass der angemeldeten Marke bereits die Schutzhindernisse des § 3 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG entgegenstehen.

Die angemeldete Marke besteht aus der Form eines rechteckigen Schokoladenriegels mit abgeschrägten Seiten und einer mittig angeordneten, quer verlaufenden Rille. Wie die zahlreichen, der Anmelderin mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung übermittelten Belege (Bl. 62 – 78 der Akten) zeigen, ist die Form eines rechteckigen Riegels eine für Schokoladenwaren typische, einfache und fabrikations- und verpackungstechnisch besonders naheliegende, typische Form, so dass die Gestaltung von Schokoladenwaren in einer rechteckigen, riegelförmigen Aufmachung als eine von mehreren denkbaren Grundformen für diese Waren, nämlich als Tafel- oder Riegel-form, in Betracht zu ziehen ist. Solche Grundformen sind dem Markenschutz nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG nicht zugänglich (BGH GRUR 2008, 510, Tz. 3 - Milchschnitte; GRUR 2010, 231, Tz. 28 - Legostein). Die weiteren Merkmale der vorliegend als Marke angemeldeten Warenform beschränken sich auf die abgeschrägten Seiten und die mittig angeordnete, quer verlaufende Rille. Hinsichtlich dieser weiteren Merkmale spricht einiges dafür, dass diese technisch bedingt sind, so dass insoweit das Eintragungshindernis des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG in Betracht kommt (BGH GRUR 2008, 510, Tz. 20 - Milchschnitte; GRUR 2010, 231, Tz. 25 - Legostein). Denn zum einen dient eine abgeschrägte Seitenform dazu, das fertige Produkt ohne Beschädigung aus der Form auszuheben. Dieses Prinzip aus dem Gießereiwesen wird in gleicher Weise bei Lebensmitteln genutzt, die in mehr oder weniger flüssiger Konsistenz in einer Form aushärten, wie etwa Schokolade, Kuchen, Pudding oder Eis. Zum anderen wird der Verkehr in der mittig angeordneten Querrille in erster Linie eine Bruchrille erblicken, die es erlaubt, den "Merci-Riegel" in gleiche Hälften zu portionieren. Dies liegt bei einem gerade auch als Geschenkartikel beworbenen Produkt etwa mit Blick auf einen gemeinsamen Verzehr mehr als nahe.

2. Ob die angemeldete Marke bereits nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG schutzunfähig ist, bedarf vorliegend aber keiner abschließenden Entscheidung. Denn auch wenn man davon ausgeht, die angemeldete Marke sei nach § 3 MarkenG markenfähig, so fehlt ihr jedenfalls jegliche Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Unterscheidungskraft 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). Insoweit ist maßgeblich auf die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise abzustellen, wobei dies alle Kreise sind, in denen die fragliche Marke Verwendung finden oder Auswirkungen haben kann. Dabei kommt es auf die Sicht des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers im Bereich der einschlägigen Waren und Dienstleistungen an (Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 8 Rdnr. 23 ff.). Bei den hier beanspruchten Schokoladewaren handelt es sich um Alltagswaren des täglichen Gebrauchs und damit des Massenkonsums. Mithin ist auf die Gesamtbevölkerung als beteiligten Verkehrskreis auszugehen (vgl. auch BPatG 32 W (pat) 114/05 v. 25. April 2007, S. 8 m. w. N. -

Waffelschnitte Knoppers; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 8, Rdnr. 408).

Wie bei jeder anderen Markenform ist auch bei der dreidimensionalen, die Ware selbst darstellenden Markenform allein zu prüfen, ob der Verkehr in dem angemeldeten Zeichen für die jeweils beanspruchten Waren einen Herkunftshinweis sieht. Bei dreidimensionalen Marken sind hinsichtlich der Schutzfähigkeit zwar keine strengeren Anforderungen anzulegen als bei sonstigen Marken, aber auch keine großzügigeren. Insoweit ist insbesondere zu berücksichtigen, dass eine dreidimensionale Marke, die allein aus der Form der Ware besteht, allerdings 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. BGH GRUR 2010, 138, Tz. 24 - ROCHER-Kugel). Auch bei Anlegung eines großzügigen Prüfungsmaßstabs ist davon auszugehen, dass solchen Marken die erforderliche (konkrete) Unterscheidungskraft im Allgemeinen fehlt. Die dreidimensionale naturgetreue Wiedergabe eines der Gattung nach im Warenverzeichnis genannten Erzeugnisses ist häufig nicht geeignet, die Ware ihrer Herkunft nach zu individualisieren. Hinreichende Unterscheidungskraft kommt somit nur dann in Betracht, 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 (EuGH GRUR 2004, 428, Tz. 49 - Henkel; GRUR Int. 2004, 631, Tz. 39 - Dreidimensionale Tablettenform I; 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 – Transformatorengehäuse; BGH GRUR 2010, 138, Tz. 28 - ROCHER-Kugel).

Ausgehend von diesen Maßstäben ist die angemeldete Marke nicht geeignet, im Verkehr als betrieblicher Herkunftshinweis wahrgenommen zu werden. Die angemeldete Marke besteht aus der Form eines rechteckigen Schokoladenriegels mit abgeschrägten Seiten und einer mittig angeordneten, quer verlaufenden Rille. Bei der angemeldeten Marke handelt es sich somit um eine Kombination bekannter Grundformelemente, und zwar rechteckiger Riegel mit leicht abgeschrägten Kanten und Bruchrille, die vom Verkehr nicht als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst wird (vgl. BGH GRUR 2010, 138, Tz. 27, 28 - ROCHER-Kugel). Denn derartige rechteckige Formen von Schokoriegeln werden in sehr ähnlicher und ohne weiteres vergleichbarer Weise auf dem Markt angeboten, wie die zahlreichen, der Anmelderin mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung übermittelten Belege (Bl. 62 – 78 der Akten) zeigen. Dieser Formenschatz weist einige Grundvarianten auf, in den sich die Form der angemeldeten Marke ohne weiteres einfügt, insbesondere auch mit Blick auf Längen-Höhen-Verhältnis, das Längen-Breiten-Verhältnis und die Einkerbung. Diese Merkmale gehören, wie sich aus den vorgenannten Belegen ergibt, zu den grundsätzlichen Gestaltungsmerkmalen bei Schokoladenriegeln, ohne dass die angemeldete Marke demgegenüber Charakteristika aufweist, die sie aus diesem Grundformenschatz hervorheben. Der Verkehr, insbesondere die Endverbraucher von Schokoladenwaren werden daher in der Warenform der angemeldeten Marke nichts anderes als einen weiteren Beitrag zu dem Formenschatz ästhetischer und funktioneller Gestaltungsvarianten bei Schokoladenwaren, aber keinen Hinweis auf eine bestimmte betriebliche Herkunft erkennen.

3. Die angemeldete Marke besteht ferner ausschließlich aus einem Zeichen, das zur Bezeichnung der Art oder Beschaffenheit der beanspruchten Waren dienen kann, so dass auch das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erfüllt ist.

Die angemeldete Marke erschöpft sich darin, die äußere Form der beanspruchten Ware 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). Andernfalls besteht die Gefahr, dass Anmelder, die zunächst keine eigene Benutzungsabsicht verfolgen müssen, eine Vielzahl von Gestaltungsvarianten monopolisieren und so die Gestaltungsfreiheit auf einem Warenggebiet erheblich einschränken (BGH GRUR 2010 - ROCHER-Kugel, a. a. O.; GRUR 2006, 679, Tz. 21 - Porsche Boxster).

Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der angemeldeten Marke um eine Kombination bekannter Formelemente, die nicht über die (rechteckige) Grundform von Schokoladenriegeln hinausgeht und lediglich als weitere Variante in dem vorhandenen Formenschatz erscheint. Sie entspricht einer gerade bei Schokoladenwaren naheliegenden und auch üblichen Grundform. Ein Interesse der Allgemeinheit an der Freihaltung dieser Form ist daher zu bejahen.

4. Die Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG sind bei der angemeldeten Marke auch nicht durch Verkehrsdurchsetzung überwunden worden (§ 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). 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).

Die neben dem Verkehrsgutachten der Fa. I... GmbH vom August 2005 von der Anmelderin eingereichten Unterlagen, und zwar Abbildungen von "Merci"-Packungen, Tabellen mit Absatzzahlen aus den Jahren 2002-2005 und Marktanteilen, Aufstellungen zu Marketing-Kosten, Screenshots von TV-Spots und Angaben zu Sendefrequenzen dieser TV-Spots, können für die Frage der Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke nicht herangezogen werden. Denn im vorliegenden Fall ist – wie sich insbesondere aus den von der Anmelderin im

Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt eingereichten Unterlagen ergibt (siehe insbesondere die Anlagen 2a, 2b, 3, 4, 5a, 5b, 5c, 6a, 6b und 6c zum Schriftsatz der Anmelderin vom 5. September 2006) - die als Marke angemeldete Warenform nicht ausschließlich in dieser konkreten Form, sondern nur in Verbindung mit weiteren Gestaltungsmerkmalen vertrieben worden, und zwar mit dem Logo "Merci" (bzw. ursprünglich "Storck") und weiteren Ausstattungsmerkmalen wie einer Wicklung, die je zur Hälfte aus einer transparenten Folie und aus einer bedruckten Goldfolie besteht, getrennt durch einen Ring in verschiedenen Farben mit dem Aufdruck "Merci". Soweit die Markeninhaberin Abbildungen von Verpackungen, Tabellen mit Absatzzahlen aus den Jahren 2002-2005 und Marktanteilen, Aufstellungen zu Marketing-Kosten, Screenshots von TV-Spots und Angaben zu Sendefrequenzen dieser TV-Spots in Bezug auf das Produkt "Merci-Riegel" vorgetragen hat, sind diese aus den o. g. Gründen für eine Begründung der Verkehrsdurchsetzung nicht geeignet und damit entscheidungsunerheblich (vgl. BGH GRUR 2010, 138, Tz. 38, 39 - ROCHER-Kugel).

- b) Auch das Verkehrsgutachten der Fa. Ipsos GmbH vom August 2005 ist nicht geeignet, die Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke zu belegen. Insoweit ergibt sich aus dem Gutachten noch nicht einmal ein Zuordnungswert von ... %, der als untere Grenze für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung zu erachten ist (vgl. (vgl. BGH GRUR 2010, 138, Tz. 41 - ROCHER-Kugel). Vorliegend ist ferner zu berücksichtigen, dass es sich, wie ausgeführt, bei der angemeldeten Marke um die dreidimensionale Darstellung einer Grundform für Schokoladewaren handelt, die die äußere Gestaltung dieser Waren in einer naheliegenden, typischen Grundform glatt beschreibt. Dann aber spricht einiges dafür, einen deutlich höheren Durchsetzungsgrad vorauszusetzen (vgl. (vgl. BGH GRUR 2010, 138, Tz. 41- ROCHER-Kugel; BGH GRUR

2006, 760, Tz. 21 - LOTTO). Jedoch wird in dem vorliegenden Gutachten auch bei einer Betrachtung zugunsten der Anmelderin ein Zuordnungsgrad von weniger als ... % erreicht. Ein solcher Wert lässt die Verkehrsdurchsetzung in keiner Weise als wahrscheinlich erscheinen, so dass auch weitere Ermittlungen nicht angezeigt sind.

Die Fa. I... GmbH hat bei der Erstellung des Gutachtens insgesamt ... Personen befragt, was an sich als hinreichend repräsentativ zu erachten ist (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 8, Rdnr. 437).

Bei der Ermittlung der beteiligten Verkehrskreise (vgl. dazu die in diesem Zusammenhang im Gutachten gestellte Frage 7: "Kaufen oder verwenden Sie derartige Schokoladen?") haben von den insges. ... Befragten nur ... mit "ja" geantwortet. Schokolade und Schokoladewaren sind Waren des Massenkonsums, die sich an alle Verbraucherkreise richten. Daher zählt grundsätzlich die Gesamtbevölkerung zu den angesprochenen Verkehrskreisen (vgl. (vgl. BGH GRUR 2010, 138, Tz. 46 und 50 - ROCHER-Kugel; BGH GRUR 2006, 760, Tz. 22 – Lotto). Bei Schokoladenwaren kommt hinzu, dass diese nicht nur zum eigenen Konsum sondern häufig als Geschenkartikel erworben werden (so wird auch gerade das hier in Frage stehende Produkt beworben), so dass nicht lediglich auf die befragten Personen abgestellt werden kann, die die Frage nach dem (eigenen) Konsum – und so ist die Frage 7 im vorliegenden Gutachten aufzufassen – bejaht haben. Geht es aber sowohl um den eigenen Konsum von Schokoladenwaren als auch um deren Erwerb für Dritte als Geschenk, Mitbringsel etc., so ist ein Anteil von nur ca. ... % der Befragten als relevanter Verkehrskreis realitätsfremd. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass das Produkt, das als Warenform Anmeldungsgegenstand ist, nach dem I...-Gutachten ... Befragten bekannt ist (Ergebnis zu Frage 1), d. h. der Bekannt

heitsgrad beträgt – bezogen auf die Anzahl von ... Befragten, die die Frage 7 nach dem Konsum von Schokolade und Schokoladewaren bejaht haben, ... %. Auch trägt die Anmelderin selbst vor, dass der "Merci-Riegel" weitaus mehr Personen bekannt sei, als der Zahl der Konsumenten (vgl. den Schriftsatz der Anmelderin vom 28. Juni 2010, Bl. 48 d. A.). Dies sind weitere Umstände, die dafür sprechen, hier von einem alle Verbraucherkreise ansprechenden Produkt und dann auch konsequenterweise von der – die Gesamtbevölkerung repräsentierende – Gesamtzahl der Befragten auszugehen.

Dann aber kann im vorliegenden Fall nicht von der Zahl ... (= Anzahl der Befragten, die die Frage 1 ("Ist Ihnen dieses Produkt, von dem wir den Namen und die Verpackung entfernt haben, bekannt?") bejaht haben, als ... %-Bereich ausgegangen werden, an dem sich alle anderen Prozentwerte ausrichten. Vielmehr ist die Gesamtzahl der Befragten, nämlich ... maßgebend.

Damit ist das Gutachten der Fa. I... GmbH nicht geeignet, eine Verkehrsdurchsetzung zu belegen. Geht man mit der Markenstelle davon aus, dass ... Benennungen auf die Fragen 3 und 4 (Benennung des bzw. der Unternehmen, auf die die angemeldete Warenform hinweise) bei der Zuordnung zugunsten der Anmelderin, so ergibt sich ein Zuordnungswert von ... % und nicht, wie von der Markenstelle angenommen, ... % und erst recht nicht, wie von der Anmelderin vorgetragen, ... %. Es können zugunsten der Anmelderin auch keine weiteren Nennungen berücksichtigt werden. Denn bei den genannten ... Benennungen sind bereits alle Antworten enthalten, die das Produkt "Merci" in irgendeiner Weise, auch sogar in Verbindung mit anderen Herstellern als der Anmelderin, oder die Anmelderin selbst benannt haben. Für weitere Zuordnungen zur Anmelderin ergeben sich aus dem Gutachten keine Anhaltspunkte, da weitere Benennungen entweder andere

Hersteller oder Produkte anderer Hersteller oder von Vertriebsunternehmen wie "Aldi" betreffen. Würde man solche Nennungen ebenfalls zugunsten der Anmelderin berücksichtigen, so wären die Ergebnisse von Verkehrsgutachten letztlich beliebig, da es gerade auf die Zuordnung zum Betrieb der Anmelderin ankommt, um eine Verkehrsdurchsetzung zu ihren Gunsten annehmen zu können (vgl. BGH GRUR 2010, 138, Tz. 53 - ROCHER-Kugel).

- c) Die Einholung eines weiteren Verkehrsgutachtens von Amts wegen ist nicht angezeigt. Zwar ist sowohl im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt, als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundespatentgericht der Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln (§§ 59 Abs. 1, 73 Abs. 1 MarkenG). Das Amtsermittlungsprinzip gilt jedoch nicht lückenlos, sondern es findet keine Anwendung in den Fällen, in denen Verfahrensbeteiligten kraft Gesetzes oder Sachzusammenhang eine eigene Darlegungspflicht zukommt (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 73, Rdnr. 6). Bei der Frage der Verkehrsdurchsetzung kommt es zum einen auf Tatsachen an, die entweder speziell dem Anmelder als betriebliche Daten bekannt sind oder vorliegen oder deren Ermittlung etwa im Wege eines Verkehrsgutachtens ihm in erster Linie obliegt; zum anderen liegt die Feststellung der Verkehrsdurchsetzung nicht im Allgemeininteresse sondern ausschließlich im Interesse des Anmelders. Die Geltendmachung der Verkehrsdurchsetzung stellt daher eine Rechtsfolgenbehauptung dar, deren Voraussetzungen vom Anmelder schlüssig darzulegen und durch entsprechendes Tatsachenmaterial zu belegen ist (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 8, Rdnr. 431; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Aufl., § 8, Rdnr. 353, jeweils m. w. N.).

Eine Verkehrsdurchsetzung hat die Anmelderin im vorliegenden Fall - wie bereits ausgeführt - aber nicht schlüssig dargelegt und nicht be-

legt, da zum einen die von der Anmelderin eingereichten Abbildungen von "Merci"-Packungen, Tabellen mit Absatzzahlen aus den Jahren 2002-2005 und Marktanteilen, Aufstellungen zu Marketing-Kosten, Screenshots von TV-Spots und Angaben zu Sendefrequenzen dieser TV-Spots mangels der Benutzung der Marke in der konkret angemeldeten Form ungeeignet sind und zum anderen das Verkehrsgutachten der Fa. I... GmbH eine Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke bei weitem nicht zu belegen vermag. Anlass zu weiteren Ermittlungen ergeben diese Unterlagen daher gerade nicht, da es eine Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke in keiner Weise als wahrscheinlich erscheinen lässt.

Vielmehr ist das Gegenteil der Fall; das Gutachten widerlegt eher die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung. Es ergibt einen Bekanntheitsgrad von ... % (vgl. die Antworten auf Frage 1, die an alle Befragten gestellt wurde) und einen Kennzeichnungsgrad von ... %, nachdem ... bzw. ... der Befragten, die die Bekanntheit bejaht haben, die vorliegend als Marke angemeldete Warenform als Hinweis auf ein bzw. mehrere Unternehmen angesehen haben (vgl. dazu die Antworten auf Frage 2). Von den Befragten, die diese Warenform als Hinweis auf ein Unternehmen angesehen haben, ordneten ... diese Warenform explizit anderen Unternehmen als der Anmelderin zu (vgl. die Antworten auf Frage 3), was in keinem Fall zugunsten der Anmelderin berücksichtigt werden kann (vgl. BGH GRUR 2010, 138, Tz. 53 - ROCHER-Kugel). Selbst dann, wenn man - was nicht angezeigt ist - alle Mehrfachbenennungen zugunsten der Anmelderin berücksichtigen würde, ergäbe sich mithin ein Zuordnungswert von unter ... %. In einer Gesamtschau sprechen diese Umstände eindeutig gegen die Wahrscheinlichkeit der Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke, da sich auch bei einer Betrachtungsweise, die zugunsten der Anmelderin ausfällt, ein deutlicher Abstand schon zu einem Zuordnungswert von nur ... % besteht,

der in Bezug auf eine Verkehrsdurchsetzung generell als unterste Grenze zu erachten ist. Dieser Abstand wiegt vorliegend umso schwerer, als es um eine gebräuchliche, die Eigenschaften der beanspruchten Waren glatt beschreibenden Grundform geht, bei der ein den Wert von ... % deutlich übersteigender Zuordnungsgrad zu fordern sein wird. Berücksichtigt man ferner, dass die als Marke angemeldete Warenform nach dem eigenen Sachvortrag der Anmelderin seit Jahrzehnten intensiv beworben und umfangreich benutzt wird, so spricht auch nichts dafür, dass sich eine Steigerung der Verkehrsbekanntheit seit der Erstellung des o. g. Verkehrsgutachtens im August 2005 ergeben hat. Nach alledem besteht kein Anlass, eine weitere Verkehrsbefragung von Amts wegen durchzuführen.

- d) Es besteht auch kein Anlass, der Anmelderin im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens eine Gelegenheit für die Einholung eines weiteren Verkehrsgutachtens zu geben. Zwar kann dies bei Vorliegen eines Gutachtens in Betracht kommen, um z. B. Zweifel an der Verkehrsdurchsetzung zu beseitigen, die ansonsten zu Lasten des Anmelders gehen würden (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Aufl., § 8, Rdnr. 353). Im vorliegenden Fall bestehen aber nicht lediglich Zweifel an der Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke. Vielmehr lässt insbesondere das von der Anmelderin eingereichte Gutachten eine Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke aus den vorgenannten Gründen nicht als wahrscheinlich, sondern vielmehr als widerlegt erscheinen. Sind somit aus den vom Anmelder vorgelegten Unterlagen keine Anhaltspunkte ersichtlich, die eine Verkehrsdurchsetzung in schlüssiger Weise als zumindest wahrscheinlich erscheinen lassen, ist es auch nicht angezeigt, der Anmelderin Gelegenheit für die Einholung und Vorlage eines weiteren Verkehrsgutachtens zu geben.

5. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist nicht angezeigt. In den vorliegend entscheidungserheblichen Punkten, nämlich der Frage der Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG und des Freihaltebedürfnisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sowie der Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG bei dreidimensionalen Zeichen, die eine Warenform darstellen, war keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Zu diesen entscheidungserheblichen Punkten warf die von der Anmelderin erhobene Beschwerde keine Rechtsfrage auf, die nicht anhand der anzuwendenden Bestimmungen und der dazu ergangenen Rechtsprechung zu beantworten war und beantwortet wurde. Mithin ist die Zulassung der Rechtsbeschwerde auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG).

Knoll

Merzbach

Metternich

Hu