



BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 31/06

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 304 04 065.7

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 10. August 2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Bender, der Richterin am OLG Dr. Hoppe und des Richters Kätker

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 35 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 1. Februar 2006 aufgehoben, soweit er die noch einzig verfahrensgegenständliche Dienstleistung "Einzelhandels- und Großhandelsdienstleistungen im Bereich von Lebensmitteln" umfasst.

Gründe

I

Am 28. Januar 2004 ist die Wortmarke

SPAR

für verschiedene Dienstleistungen der Klassen 35, 36 und 39 angemeldet worden, u. a. für

Klasse 35: Präsentation von Waren und Dienstleistungen in Großmärkten, Supermärkten, Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften und Warenhäusern; Betrieb von Großmärkten, Supermärkten, Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften und Warenhäusern, nämlich Vermittlung und Abschluss von Verträgen über den An- und Verkauf von Waren sowie über die Inanspruchnahme von Dienstleistungen.

Mit Beschluss vom 1. Februar 2006 hat die Markenstelle für Klasse 35 durch einen Angestellten des höheren Dienstes die Anmeldung nach §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen. Nach Auffassung der Markenstelle fehlt der angemeldeten Marke jegliche Unterscheidungskraft, da sie als typisches Werbe Schlagwort für die beanspruchten Dienstleistungen den beschreibenden Begriffinhalt i. S. v. Spar-Angeboten und ein damit verbundenes Wertversprechen in den Vordergrund stelle. Der Verkehr werde bei der Begegnung mit dem Markenwort, ohne dass dieses - auch in Alleinstellung - mehrdeutig oder ergänzungsbedürftig sei, an eine Beschreibung oder Bewerbung von Angeboten denken, da es sich in einem Hinweis auf Leistungen erschöpfe, die besonders günstig angeboten würden, so dass der Verkehr mit ihnen "sparen" könne. Dabei könne es dahinstehen, ob das Markenwort die ohne weiteres erkennbare korrekte Imperativform des Verbs "sparen" darstelle oder ob diese, wie die Anmelderin meine, korrekt "Spare!" bzw. "Spart!" heißen müsse. In jedem Fall werde es vom Verkehr nur als beschreibender Hinweis darauf verstanden, dass man bei der Inanspruchnahme der so bezeichneten Dienstleistungen sparen könne.

Angesichts der Üblichkeit und vielfältigen Auffindbarkeit der Angabe "SPAR", in Alleinstellung wie auch in Kombinationen, ergebe sich der anpreisende und sachhinweisende Charakter des Markenworts unmittelbar aus dem originären Wortverständnis. So ließen sich etwa Internetportale wie www.Spar24.de, www.spar-anzeiger.de, Preisagenturen wie "Kauf & Spar", "Spar Versicherungen", "SparTipps", "Spar-Rechner", "Spar-Pakete", "Spar-Sets", "Spar-DSL", "Spar-Computer" usw. belegen.

Die Anmelderin könne sich auch nicht auf eine überragende Bekanntheit ihrer Marke im Zusammenhang mit einer Einzelhandelskette, Tankstellen, Kioske, einer Krankenkasse oder einem Inkassokontor berufen. Deren Voraussetzungen seien nicht schlüssig dargelegt. Die eingereichte Unternehmensübersicht zeige nur das Wort-/Bildzeichen mit einer stilisierten Tanne im Kreis. Nachdem die Edeka-Gruppe einen Großteil der Supermärkte mit entsprechender "Umfluggung" über-

nommen habe, treffe die Darstellung der Anmelderin auch nicht mehr zu. Auf eine Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG habe sich die Anmelderin nicht berufen, so dass keine weiteren Schritte zu veranlassen seien.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie sinngemäß beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben.

Zur Begründung der Beschwerde hat die Anmelderin zunächst ausführlich zu der ihrer Auffassung nach von Haus aus bestehenden Schutzfähigkeit der angemeldeten Marke vorgetragen.

Ohne diese Auffassung ausdrücklich aufzugeben, hat sie außerdem die Verkehrsdurchsetzung ihrer Marke geltend gemacht und ihren Eintragungsantrag im Laufe des Beschwerdeverfahrens unter Beschränkung des Dienstleistungsverzeichnisses auf "Einzelhandels- und Großhandelsdienstleistungen im Bereich von Lebensmitteln" nur noch unter diesem Gesichtspunkt weiter verfolgt. Unter Vorlage von Ausdrucken aus ihrem Internetauftritt (zur Unternehmensgeschichte und Geschäftsentwicklung), von Geschäftsberichten für die Jahre 1998 bis 2004 und einer eidesstattlichen Versicherung ihres Leiters der Rechtsabteilung Harting vom 22. November 2007 hat sie ausgeführt, dass sie bis 2006 eine der bedeutendsten Einzelhandelsketten Deutschlands mit bundesweiten Großhandelsniederlassungen und einem dichten Netz eigener Märkte betrieben habe. "SPAR"-Märkte habe es in (West-)Deutschland seit 1952 gegeben. 1991 seien ... ehemalige "HO"-Verkaufsstellen der früheren DDR hinzugekommen. 1998 sei eine Neuausrichtung des Konzerns auf die beiden Kernbereiche Großhandel mit selbstständigen "SPAR"- und "SUPERSPAR"-Einzelhändlern sowie "SPAR Convenience und Systemkunden" und den Lebensmitteleinzelhandel unter der Bezeichnung "EUROSPAR" mit Verbrauchermärkten vorgenommen worden. Bis 2005 seien rund ... selbstständige "SPAR"-Einzelhändler, ... weitere Einzelhandelskun

den sowie rund ... Tankstellen und Kioske über die Vertriebswege "SPAR Convenience" beliefert worden. Zudem habe die Anmelderin bis 2004 über insgesamt ... konzerneigene Filialbetriebe mit einer Verkaufsfläche von über 1 Mio. Quadratmetern verfügt, wobei sie im Jahr 2003 über 33.000 Mitarbeiter beschäftigt und Umsätze in Höhe von ... Mrd. € erzielt habe. Dabei seien mit Lebensmitteln in den Jahren 1998 bis 2005 durchschnittlich etwa ... Mrd. € jährlich erzielt worden. Dies sei von einer entsprechenden Werbung begleitet worden.

Ergänzend weist die Anmelderin daraufhin, dass bereits verschiedene "SPAR"-Marken im Wege der Verkehrsdurchsetzung für sie eingetragen seien, nämlich die Marken 1 001 957 (Wortmarke "SPAR", eingetragen seit 14.05.1980), 1 017 932 (Wort-/Bildmarke "SPAR", eingetragen seit 15.05.1981) und 1 017 933 (Wort-/Bildmarke "SPAR", eingetragen seit 15.05.1981, allesamt Warenmarken, eingetragen im Wesentlichen für Lebensmittel bzw. Waren der Klassen 29 bis 33). Zudem verweist sie auf das Ergebnis einer Endverbraucherbefragung von Juli 2005, bei dem die Anmeldemarke einen Zuordnungsgrad von 58,4 % erreicht habe (Gutachten der Ipsos GmbH vom 29. Juli 2005).

Seit September 2005 sei die SPAR-Gruppe hundertprozentige Tochter der EDEKA Zentral AG, wobei ein Teil der von der Anmelderin belieferten Lebensmitteleinzelhändler auf die Marke "EDEKA" "umgeflaggt" habe. Noch immer seien jedoch Einzelhändler unter der Bezeichnung "SPAR" tätig (Ende 2006: 460 Geschäfte). Außerdem werde die Marke weiterhin im Rahmen der "SPAR Express"-Shops (z. B. Jet-Tankstellen und Flughäfen) und im Rahmen der Belieferung der "SPAR-Convenience"-Kunden der Anmelderin verwendet.

Im Verlauf des Beschwerdeverfahrens hat die Anmelderin ein weiteres Gutachten der Ipsos GmbH vom 5. November 2009 über eine Endverbraucherbefragung zur Bekanntheit der Bezeichnung "SPAR" in Zusammenhang mit Lebensmitteleinzelhandel vom Oktober 2009 sowie Bestätigungen von Verbänden aus dem Bereich des Lebensmittelgroß- und -einzelhandels über ihre Bekanntheit als Marke vorge-

legt. Außerdem hat der Senat unter Vermittlung des Deutschen Industrie- und Handelstags eine Befragung der unter den NACE-Klassen 46.3 und 47.2 (Groß- und Einzelhandel mit Nahrungs- und Genussmitteln, Getränken und Tabakwaren) geführten Mitglieder der deutschen Industrie- und Handelskammern zur Bekanntheit der Bezeichnung "SPAR" für Großhandelsdienstleistungen im Bereich Lebensmittel durchführen lassen.

Das mit Schriftsatz der Anmelderin vom 20. Juli 2010 beschränkte und nunmehr mit Hauptantrag beanspruchte Dienstleistungsverzeichnis lautet wie folgt:

"Einzelhandels- und Großhandelsdienstleistungen im Bereich von Lebensmitteln".

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

Die Beschwerde ist nach der Beschränkung des Dienstleistungsverzeichnisses und der Vorlage von weiteren Nachweisen zum Beleg der Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke begründet.

1. Die Neufassung des Dienstleistungsverzeichnisses ist zulässig. Insbesondere stellt sie keine unzulässige Erweiterung dar. Der neu formulierte Begriff "Einzelhandels- und Großhandelsdienstleistungen im Bereich von ..." ist in dem ursprünglich angemeldeten Wortlaut "Klasse 35: ... Präsentation von Waren und Dienstleistungen in Großmärkten, Supermärkten, Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften und Warenhäusern; Betrieb von Großmärkten, Supermärkten, Lebensmitteleinzelhandelsgeschäften und Warenhäusern, nämlich Vermittlung und Abschluss von Verträgen über den An- und Verkauf von Waren sowie über die Inanspruchnahme von Dienstleistungen" inhaltlich enthalten. Mit den letztgenannten Dienstleistungsbegriffen wollte die Anmelderin erkennbar umfassenden Schutz für

Handelsdienstleistungen im Rahmen des Groß- und Einzelhandels bzw. des Betriebs von Groß- und Einzelhandelsmärkten beanspruchen. Da das ursprüngliche Dienstleistungsverzeichnis mit der Anmeldung am 28. Januar 2004, also vor Erlass der "Praktiker"-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 7. Juli 2005 (GRUR 2005, 764) eingereicht wurde und damals in Erwartung der Entscheidung eine erhebliche Unsicherheit über die Zulässigkeit und die Formulierung von Handelsdienstleistungen bestand, würde hier im Übrigen auch eine gewisse Großzügigkeit bei der Auslegung angemeldeter Begriffe angebracht sein, der es vorliegend aber nicht bedarf.

2. Von Haus aus ist die angemeldete Marke allerdings nicht schutzfähig, weil ihr jedenfalls das Eintragungshindernis der mangelnden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen steht.

Aus dem Ergebnis der Senatsrecherche, das der Anmelderin mit Bescheid vom 10. März 2008 zur Kenntnis gegeben worden ist, ergibt sich, dass das angemeldete Markenwort "SPAR" als eingebürgerte Kurzform für "spare" in praktisch allen Lebensbereichen als Einladung bzw. Aufforderung zum Sparen verwendet und verstanden wird. Mit ihm ist zugleich ein werbliches Versprechen verbunden, bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder dem Kauf von Waren auch wirklich zu sparen.

Insbesondere für die noch beanspruchten Einzelhandels- und Großhandelsdienstleistungen im Bereich von Lebensmitteln wird die Marke von Haus aus als Einladung verstanden, den diese Kennzeichnung verwendenden Händler aufzusuchen und bei ihm durch die Inanspruchnahme der von ihm angebotenen Handelsdienstleistungen zu sparen. Soweit die Anmelderin hiergegen vorgetragen hat, dass allenfalls beim Kauf der angebotenen Waren gespart werden könne, nicht aber durch die Erbringung der Einzelhandels- oder Großhandelsdienstleistungen als solche, so dass sich kein beschreibender Bedeutungsgehalt im Sinne eines Hinweises auf besonders günstige Dienstleistungen erschließe, ist dem entgegen-

zuhalten, dass die Einzelhandelsdienstleistungen beim Kauf in Form der im Warenpreis enthaltenen Händlermarge bezahlt werden. Wenn dem Verbraucher also suggeriert wird, dass er beim Warenkauf spare, so wird ihm damit zugleich bedeutet, dass er bei der Inanspruchnahme der Handelsdienstleistungen (mit-)spart, wie auch immer der niedrige Preis, von dem bekanntermaßen auch der Händler lebt, zustande kommt (z. B. niedrige Personal- und Lagerkosten). Dementsprechend wird er das Wort "SPAR" auch als Merkmal der Dienstleistungen verstehen. Jedenfalls wird er die angemeldete Marke zumindest als unmittelbar handels-(dienstleistungs-) bezogene, rein werbliche Aufforderung verstehen, nicht aber als Hinweis auf die Herkunft der Dienstleistungen aus einem ganz bestimmten Handelsbetrieb. Die vom Senat belegte vielfältige Verwendung des Wortes "Spar" in der Werbung durch ganz unterschiedliche und auf ihren Gebieten miteinander konkurrierende Anbieter zeigt, dass sich das Markenwort in der o. g. werblichen Einladung bzw. Aufforderung erschöpft und ihm die Eignung fehlt, Waren oder Dienstleistungen eines Anbieters von denjenigen eines anderen zu unterscheiden. Die angemeldete Marke ist daher von Haus aus nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen. Ob darüber hinaus auch ein Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 MarkenG besteht, kann hier offen bleiben.

3. Das Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG und ebenso eventuell bestehende Eintragungshindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 MarkenG sind jedoch nach § 8 Abs. 3 MarkenG durch Verkehrsdurchsetzung überwunden.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 3 Abs. 3 MarkenRL ist Voraussetzung für eine durch Benutzung erlangte Unterscheidungskraft, dass ein wesentlicher Teil des angesprochenen Verkehrs die Marke mit einem konkreten Marktteilnehmer und mit keinem anderen Unternehmen in Verbindung bringt (GRUR 2002, 804, 808, Rdn. 65 - Philips). Die Prüfung, ob das Vorliegen dieser Voraussetzungen durch konkrete und verlässliche Informationen belegt ist,

obliegt dem nationalen Gericht, d. h. hier dem zur Entscheidung berufenen Senat, wobei eine Gesamtschau sämtlicher relevanter Gesichtspunkte geboten ist (vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727, Rdn. 49, 54 - Chiemsee). In die Prüfung einzubeziehen sind u. a. der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer der Markenbenutzung, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke sowie der Teil des beteiligten Verkehrs, der die Waren auf Grund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt (EuGH, a. a. O., Rdn. 51 - Chiemsee; Rdn. 60 - Philips). Dabei kommt es nicht allein auf generelle und abstrakte Angaben, z. B. bestimmte Prozentsätze, an (EuGH, a. a. O., Nr. 62 - Philips), wenngleich in schwierig zu beurteilenden Fällen auch Verbraucherbefragungen nach Maßgabe des nationalen Rechts Berücksichtigung finden (EuGH, a. a. O., Nr. 53 - Chiemsee).

Vorliegend ergibt die Gesamtbewertung aller vorgelegten und ermittelten Belege und Tatsachen, dass der Nachweis einer Durchsetzung der Marke "SPAR" für die Dienstleistungen "Einzelhandels- und Großhandelsdienstleistungen im Bereich von Lebensmitteln" in den jeweils maßgeblichen Verkehrskreisen erbracht worden ist.

a) Die angemeldete Marke wird nach den u. a. durch eine eidesstattliche Versicherung glaubhaft gemachten Angaben, die weitgehend durch öffentlich zugängliche Quellen, wie Internet-Lexika, gestützt werden, seit 1952 in Westdeutschland und seit 1991 auch in den neuen Bundesländern benutzt, teil- bzw. zeitweise auch in den Varianten "SUPERSPAR" und "EUROSPAR". 2004 verfügte das Unternehmen über insgesamt ... konzerneigene Filialbetriebe mit einer Verkaufsfläche von über 1 Mio. m². Außerdem wurden bis 2006 ca. ... selbständige "SPAR"-Einzelhändler, über ... weitere Einzelhandelskunden sowie rund ... Tankstellen und Kioske im Rahmen der Betriebslinie "SPAR Convenience" beliefert. Die Groß- und Einzelhandelsumsätze mit Lebensmitteln lagen in den Jahren 1998 bis 2005 bei durchschnittlich ... Mrd. €, wobei im Jahr 2003 ca. 33 000 Mitarbeiter beschäftigt wurden. Auch das vorgelegte Gutachten über eine im

Juli 2005 durchgeführte Endverbraucherbefragung bestätigt mit einem Kennzeichnungsgrad von ca. 56 % (Berechnung des Senats) eine erhebliche Bekanntheit und Bedeutung der Marke, wenngleich dieses vor der "Praktiker"-Entscheidung des EuGH (a. a. O.) in Auftrag gegebene Gutachten wegen bestimmter methodischer Mängel für die Verkehrsdurchsetzung in Zusammenhang mit Handelsdienstleistungen nicht maßgebend verwertet werden kann (keine gezielte Befragung in Zusammenhang mit Handelsdienstleistungen, sondern Vorlage einer Begriffsliste (" - Lebensmittel, - NonFood-Artikel (z. B. ...), - Einzelhandel"), die die Befragten offenbar schon angesichts der Reihenfolge dieser Begriffe mehr zu einer Warenmarke tendieren ließen).

Allerdings wird die angemeldete Marke seit der Ende 2005 erfolgten Übernahme der SPAR-Gruppe durch das Handelsunternehmen EDEKA und der Eingliederung in dessen Konzern in Deutschland nur noch in einem deutlich geminderten Umfang benutzt, da der Hauptteil der bisherigen SPAR-Lebensmitteleinzelhändler auf die Marke der neuen Konzernmutter "umflaggte". So verblieben Ende 2006 noch ... Einzelhandelsgeschäfte sowie "SPAR Express"-Shops an Tankstellen und Flughäfen. Dieser deutliche Rückgang der Benutzung seit etwa fünf Jahren führt jedoch vorliegend nicht zu durchgreifenden Bedenken gegen das Bestehen einer Verkehrsdurchsetzung auch noch zum aktuellen Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung. So ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich erfolgreiche Marken, die sich einmal in das Gedächtnis des Verbrauchers eingepägt haben, von ihm kaum "vergessen" werden. Nach der Lebenserfahrung werden ehemals bedeutende Marken selbst Jahrzehnte nach ihrer völligen Einstellung noch von Verbrauchern erinnert (z. B. Pan Am, Borgward, NSU, Zündapp, Raider, Beispiele von Marken mit ca. fünfjähriger Nichtbenutzung: Swissair, Rover). Verschiedentlich werden solche Marken unter Anknüpfung an die noch vorhandene Markenkenntnis auch "wiederbelebt" (z. B. Creme 21, Tri Top, Wiederaufnahme der Form(-marke) des VW-Käfer im New Beetle). Die Bekanntheit solcher Marken verblasst durch das allmähliche Nachwachsen neuer Verbrauchergenerationen, weniger durch "Vergessen" der Verbraucher, bei denen sich eine Marke einmal nachhaltig ein-

prägen konnte. Davon offenbar zu trennen sind Luxusmarken, die etwa durch wiederholte Nennungen in Medien sogar noch nach dem vollständigen Aussterben ihrer früheren Verkehrskreise einen Markenwert besitzen und entsprechend wiederbelebt werden können (z. B. Bugatti, Maybach, Adlon).

Die SPAR-Gruppe gehörte jahrzehntelang zu den 10 größten Unternehmen bzw. Unternehmensketten auf dem Gebiet des Lebensmittelhandels (vgl. z. B. Aufstellung "Deutsche Top Ten im Lebensmittelhandel" in DER SPIEGEL 33/2002 v. 12.08.2002 (dort genannte Quelle: M+M Eurodata): Spar-Gruppe auf Nr. 8 mit ... Mrd. € Inlandsumsatz 2001, hinter Tengelmann-Gruppe mit ... Mrd. € und vor Lekkerland-Tobaccoland mit ... Mrd. € sowie Schlecker mit ... Mrd. € Inlandsumsatz). Die damalige intensive Benutzung der Marke "SPAR" (zumeist mit Tannensymbol) als Handelsmarke, vor allem im Bereich der Lebensmitteldiscounter, ist dem Senat, dessen Mitglieder zu den Abnehmerkreisen im Bereich des Lebensmitteleinzelhandels gehören, nach wie vor bekannt. Zudem wird die Marke neben der belegten Verwendung in inländischen Tankstellen und Flughäfen nach Kenntnis des Senats teilweise auch im benachbarten Ausland (Österreich) benutzt, was unbeschadet der o. g. Umstände zusätzlich einem Verblässen der Markenerinnerung bei inländischen Verkehrsteilnehmern entgegenwirkt.

b) Dies braucht indessen nicht vertieft zu werden, denn aktuelle Untersuchungen über die Bekanntheit der angemeldeten Wortmarke (also ohne Tannensymbol) belegen auch für den heutigen Zeitpunkt eine erhebliche Verkehrsbekanntheit.

aa) Für die noch beanspruchte (Teil-)Dienstleistung "Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Lebensmitteln" hat die Anmelderin ein Gutachten der Ipsos GmbH vom 5. November 2009 über eine Verkehrsbefragung vom Oktober 2009 vorgelegt. Dabei wurde die Dienstleistungsbezeichnung im Fragebogen einvernehmlich mit dem Senat in den gängigen Begriff "Lebensmitteleinzelhandel" umformuliert. Danach hat die Bezeichnung "SPAR" einen Bekanntheitsgrad von

83,5 % und einen Kennzeichnungsgrad (Verständnis als Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen) von 56,8 %. Zieht man zur Ermittlung des Zuordnungsgrades hiervon (nur) die Antworten der Befragten ab, die auf die Frage nach dem Namen des betreffenden Unternehmens ausdrücklich mit Fehlzuordnungen (hier: Lidl, Metro, Rewe, Tengelmann, Aldi, Handelshof) geantwortet haben (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 8, Rdn. 441), so verbleibt ein Zuordnungsgrad von 55,9 %.

Nach Auffassung des Senats kann dieser Wert nicht um weitere 3,1 % erhöht werden, die das Meinungsforschungsinstitut aus einer Zusatzfrage (Frage 7) gewonnen haben will. Dabei hat es sich - insoweit legitim - von der demoskopischen Erfahrung leiten lassen, dass sich hinter negativen Antworten auf die Frage nach einem Unternehmenshinweis häufig immer noch "konkrete Unternehmensassoziationen" bzw. "Alleinstellungshinweise" verbergen. Die Zusatzfrage richtete sich an die Befragten, die auf die Frage 2 ("Weist die Bezeichnung "SPAR" Ihrer Meinung nach ... auf ein ganz bestimmtes Unternehmen hin, oder weist sie auf mehrere Unternehmen hin, oder ist diese Bezeichnung für Sie gar kein Unternehmenshinweis? Oder können Sie dazu nichts sagen?") mit folgender Antwortalternative geantwortet haben: "Ist für mich gar kein Unternehmenshinweis". Diesen 35 Personen wurde anschließend die Frage 7 gestellt: "Wenn es für Sie kein Unternehmenshinweis ist, was verbinden Sie sonst mit dieser Bezeichnung? (Nachfragen: Und was sonst noch?)". Hierauf sind im Rahmen freier Mehrfachantworten ganz unterschiedliche Antworten gegeben worden, etwa "sparen, nichts ausgeben /hat mit sparen zu tun" (10 Antworten bzw. 1,2 %), "niedrige Preise/Werbekampagne/Sparangebote" (3 Antworten bzw. 0,3 %), "Spar war früher hier im Ort" (3 Antworten bzw. 0,3 %), "Lebensmittelkette/Lebensmittelkonzern" (7 Antworten bzw. 0,8 %), "Handelskette bzw. Einzelhandelskette" (4 Antworten bzw. 0,5 %), "Supermarkt/Discounter" (5 Antworten bzw. 0,6 %) usw.

Der Senat hat mit Zwischenbescheid vom 9. Juli 2010 ausführlich Zweifel an der Nachvollziehbarkeit der vom Institut vorgenommenen Berechnung und Bewertung

geäußert. Diese Zweifel lagen insbesondere darin begründet, dass die Befragten zu Frage 7 bereits zweimal damit konfrontiert worden sind, dass "SPAR" für sie kein Unternehmenshinweis ist, nämlich zunächst bei ihrer Antwort zu Frage 2 und sodann in der Fragestellung zu Frage 7. Ohne aufklärende Kontrollnachfragen erscheint es daher nicht ohne weiteres nachvollziehbar, wie solche Befragten auf die Frage 7 dann doch zu der gegenteiligen Auffassung gelangt sein sollen. Zudem waren bei der Frage 7 Mehrfachantworten möglich und sind durch die Fragestellung ("Nachfragen: Und was sonst noch?") sogar provoziert worden. Insgesamt sind von 35 Personen bzw. 4,0 %, die zu Frage 7 befragt worden sind, 47 Antworten bzw. 5,4 % abgegeben worden. Wie sich hieraus der vom Institut festgestellte Wert von 27 Antworten bzw. 3,1 % zur Angabe "Spar/Lebensmittelgeschäft (netto)" unter Herausrechnung von Mehrfachantworten ergibt, und ob einzelne Befragte nicht letztlich doch (beschreibend) z. B. Lebensmittelhändler nennen wollten, bei denen man einfach sparen kann, ist trotz der Stellungnahme der Anmelderin (Schriftsatz vom 20. Juli 2010) für den Senat letztlich nicht ersichtlich gewesen. Es mag sein, dass sich hinter der Antwort "ist für mich gar kein Unternehmenshinweis" nach demoskopischer Erfahrung doch noch Nennungen verbergen, die auf ein Verständnis als Kennzeichnung schließen lassen (vgl. a. Pflüger, GRUR 2004, 652, 656). Gerade bei Befragten, die zuvor diese negative Antwort gegeben haben und sodann bei der Nachfrage freie Mehrfachantworten abgeben können, die - je nachdem - sowohl auf ein beschreibendes wie auch ein kennzeichnendes Verständnis hindeuten können, muss die Bewertung und Berechnung jedoch für die entscheidende Stelle transparent sein. Dies war vorliegend nicht der Fall. Der Senat geht damit von einem Zuordnungsgrad von 55,9 % aus, wie er sich anhand der bei Endverbraucherbefragungen üblichen Fragen (vgl. etwa Musterfragebogen in der Richtlinie Markenmeldungen des DPMA, Ziff. 5.17, BfPMZ 2005, 245, 255) ergeben hat. Dennoch wird zugunsten der Anmelderin zu berücksichtigen sein, dass es sich hier um einen Mindestwert handeln muss, da vorliegend aus bestimmten anderen Gründen (s. dazu unten bb)) tatsächlich Anlass zu der Annahme besteht, dass die markenrechtlich relevante Verkehrsbekanntheit der Anmeldemarke im Rahmen einer demoskopi-

schen Befragung nicht erschöpfend erfasst werden konnte.

Berücksichtigt man weiter die Fehlertoleranz von 3,7 %, so liegt der Abweichungswert bei einem Zuordnungsgrad von 55,9 % zwischen 52,2 % und 59,6 %. Es soll hier offen bleiben, ob die Fehlertoleranz überhaupt zu berücksichtigen ist, insbesondere in der Weise, dass strikt vom unteren Grenzwert auszugehen ist, wie dies der frühere 32. Senat des Bundespatentgerichts seit etwa 2006 verlangt hat (vgl. BPatG GRUR 2007, 324 - Kinder; GRUR 2007, 593 - Ristorante, dem folgend Ströbele/Hacker, § 9, Rdn. 449, alle ohne weitere Begründung) und wie es bei mehreren Markenbeschwerdesenaten des Bundespatentgerichts inzwischen zu beobachtende Praxis ist (vom Bundesgerichtshof ausdrücklich offen gelassen in BGH GRUR 2009, 954, 957, Nr. 37 - Kinder III). Nicht zuletzt die rechnerischen Ergebnisse in der o. g. Ristorante-Entscheidung, bei dem der Marktführer für Tiefkühlpizzen mit seiner Produktmarke "Ristorante" nach 20jähriger Benutzungsdauer bei jährlich 10 Mio. € Werbeausgaben und 25 % Marktanteil nach Abzug der Fehlertoleranz nur einen Durchsetzungsgrad von 49,9 % erreichte und damit knapp unterhalb der in ständiger Rechtsprechung verlangten Untergrenze von 50 % blieb, zeigen, dass die Praxis des glatten Abzugs der Fehlertoleranz überdenkenswert erscheint (vgl. a. Niedermann/Schneider, sic! 2002, 815, 817 (früher noch zitiert in Ströbele/Hacker, a. a. O. 8. Aufl., § 8, Fßn. 1031): "... die höchste Wahrscheinlichkeit hat aber immer der gefundene Wert (Gauss'sche Glockenkurve) ..."), ebenso wie auch überspannte Erwartungen an die Höhe der ermittelten Werte bedenklich erscheinen (vgl. a. BGH GRUR 2009, 669 - Post II). Auch dies braucht hier letztlich nicht entschieden zu werden.

Denn nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sind die erforderlichen Feststellungen nicht nur aufgrund von generellen und abstrakten Prozentsätzen demoskopischer Untersuchungen möglich, vielmehr können auch andere Umstände, wie der jeweilige Marktanteil, die Intensität, geografische Verbreitung und Dauer der Markenverwendung, die aufgewendeten Werbemittel und die dadurch erreichte Bekanntheit in den angesprochenen Verkehrskreisen von Bedeutung sein (EuGH, a. a. O. - Chiemsee). Neben dem bei vorsichtiger Be-

rechnungswise (s. o.) eher knapp wirkenden Durchsetzungsgrad von 52,2 %, der als solcher Zweifel an einer erfolgreichen Verkehrsdurchsetzung wecken könnte, werden hier vor allem die damalige Marktstellung und die sehr langjährige Benutzung der Marke bis (mindestens) 2006 im gesamten Bundesgebiet zu berücksichtigen sein. Sie hatte in der Vergangenheit bereits zu mehrfachen Eintragungen der Marke "SPAR" aufgrund von Verkehrsdurchsetzungen geführt, wenngleich - der damaligen Rechtslage entsprechend - als Warenzeichen. Hinzu kommt, dass die Marke für Lebensmitteleinzelhandel, also für eine Kategorie von Dienstleistungen benutzt worden ist und teilweise noch wird, die der Verbraucher extrem häufig in Anspruch nehmen muss. Es dürfte schon fast als allgemeinkundig i. S. d. § 291 ZPO vorausgesetzt werden, dass eine Mehrheit des Verkehrs die Marken der führenden Lebensmitteldiscounter kennt und lange Zeit im Gedächtnis behält. Der Senat sieht damit bei einer Gesamtschau aller Umstände die Verkehrsdurchsetzung für die (Teil-)Dienstleistung "Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Lebensmitteln" als nachgewiesen an.

bb) Dies gilt erst recht für die weiter beanspruchte (Teil-)Dienstleistung "Großhandelsdienstleistungen im Bereich von Lebensmitteln", die sich sowohl auf der Abnehmer- wie auch auf der Erbringerseite ausschließlich an gewerbliche Fachverkehrsteilnehmer richtet. Die Anmelderin hat speziell hierzu mehrere Bestätigungen von entsprechenden Verbänden aus jüngerer Zeit (Juli 2009) vorgelegt, nach denen die Anmeldemarke im Bereich des Lebensmittelgroßhandels als betrieblicher Herkunftshinweis der Anmelderin verstanden wird (VDN Verband des Deutschen Nahrungsmittelgroßhandels, HDE Hauptverband des Deutschen Einzelhandels; BLL Bund für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde, wafg Wirtschaftsvereinigung Alkoholfreie Getränke, ZGV Zentralverband Gewerblicher Verbundgruppen). Außerdem hat der Senat Ende 2009/Anfang 2010 eine Befragung der als Verkehrsteilnehmer in Betracht kommenden Mitglieder der deutschen Industrie- und Handelskammern zur Bekanntheit der Bezeichnung "SPAR" für Großhandelsdienstleistungen im Bereich Lebensmittel durchführen lassen. Dabei wurden Lebensmittelgroßhändler und (als Abnehmer von Großhandelsdienstleis-

tungen) Lebensmitteleinzelhändler befragt. Danach erreicht die Anmeldemarke bei Großhändlern einen Zuordnungsgrad von 65,4 %, bei Einzelhändlern betrug dieser Wert 57,1 %. Dies sind bereits sehr beachtliche Werte.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass viele Befragte die im Präsens formulierten Fragen, z. B. ob der Befragte "SPAR" als Bezeichnung eines ganz bestimmten Unternehmens kenne, angesichts der seit einigen Jahren stark beschränkten Benutzung der Marke dahingehend missverstehen konnten, dass eine positive Antwort nur bei Kenntnis einer aktuell verwendeten Kennzeichnung gegeben werden dürfe. Zudem kennen offenbar viele Fachverkehrsteilnehmer die SPAR-Gruppe als einen Verbund von rechtlich eigenständigen Händlern bzw. Franchisenehmern und neigen daher vielfach zur Verneinung der Frage, ob ihnen "SPAR" als Bezeichnung eines ganz bestimmten Unternehmens bekannt ist und zur (grundsätzlich negativ zu bewertenden) Bejahung der Alternative, dass "SPAR" als Bezeichnung mehrerer Unternehmen bekannt sei. Erst aufgrund der auf Nachfrage gemachten Angaben über den Namen dieser Unternehmen, soweit diese Angaben überhaupt vorhanden bzw. von den einzelnen Kammern wiedergegeben sind, ließ sich bei Angaben wie "SPAR-Märkte", "SPAR-Handelskette", "EDEKA-Handelsgruppe" o. Ä. entnehmen, dass Befragte von einem Unternehmensverbund ausgingen, so dass diese Angaben positiv bewertet werden und in die Berechnung des Kennzeichnungsgrades einfließen konnten. Diese sich zu Ungunsten der Anmelderin auswirkenden Unsicherheiten müssen auch bei der Endverbraucherbefragung zur Teildienstleistung "Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Lebensmitteln" eine Rolle gespielt haben. Unter Berücksichtigung aller Umstände sieht der Senat damit die Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke für die noch beanspruchten Dienstleistungen "Einzelhandels- und Großhandelsdienstleistungen im Bereich von Lebensmitteln" auch für den gegenwärtigen Zeitpunkt als nach § 8 Abs. 3 MarkenG nachgewiesen an. Dies gilt aus den eingangs näher dargestellten Gründen erst recht für den Anmeldetag, als die Anmeldemarke noch

als zentrale Kennzeichnung eines der damals größten Handelskonzerne Deutschlands verwendet wurde. Der angefochtene Beschluss war daher im Umfang der noch verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen aufzuheben.

Bender

Dr. Hoppe

Kätker

Cl