



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZB 94/06

Verkündet am:
2. April 2009
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Rechtsbeschwerdesache

betreffend die Marke Nr. 1 180 071

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Kinder III

MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3, § 50 Abs. 2 Satz 1

- a) Ein in der Art einer Dach- oder Zweitmarke verwandtes Zeichen kann auch als Teil einer komplexen Kennzeichnung oder in der Verwendung mit anderen Marken eine gewisse Selbständigkeit aufweisen und die Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG erfüllen.
- b) Für die Verkehrsdurchsetzung eines graphisch und farblich gestalteten Wort-/Bildzeichens nach § 8 Abs. 3 MarkenG kann ein gegenüber dem reinen Wortzeichen geringerer Durchsetzungsgrund ausreichen.

BGH, Beschluss vom 2. April 2009 - I ZB 94/06 - Bundespatentgericht

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. April 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Bergmann und Dr. Kirchhoff

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des 32. Senats (Marken-Beschwerdesenats) des Bundespatentgerichts vom 17. Mai 2006 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens fallen der Antragstellerin zur Last.

Der Gegenstandswert der Rechtsbeschwerde wird auf 500.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 A. Für die Markeninhaberin ist unter der Nr. 1 180 071 die seit dem 12. August 1991 eingetragene farbige Wort-/Bildmarke



(k in schwarzer und der weitere Wortbestandteil in roter Farbe) für die Ware Schokolade registriert.

2 Die Antragstellerin hat die Löschung der Marke beantragt. Mit Beschluss
vom 21. Oktober 2002 hat die Markenabteilung des Deutschen Patent- und
Markenamts den Löschantrag zurückgewiesen.

3 Die Beschwerde der Antragstellerin ist ohne Erfolg geblieben (BPatGE
49, 261).

4 Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit der (zugelassenen)
Rechtsbeschwerde. Die Markeninhaberin beantragt, das Rechtsmittel zurück-
zuweisen.

5 B. Das Bundespatentgericht hat angenommen, die Voraussetzungen für
eine Schutzentziehung nach den Vorschriften des Markengesetzes und des
Warenzeichengesetzes lägen nicht vor. Zur Begründung hat es ausgeführt:

6 Nach § 162 Abs. 2 MarkenG müsse für die Löschung von vor dem
1. Januar 1995 eingetragenen Marken die Schutzunfähigkeit nach altem und
neuem Recht vorliegen. Das sei nicht der Fall.

7 Die graphische und farblich ausgestaltete Marke sei abstrakt markenfä-
hig i.S. von § 3 Abs. 1 MarkenG. Die Marke sei auch nicht wegen einer bö-
gläubigen Markenmeldung zu löschen. Zwar könne sich eine bösgläubige
Markenmeldung aus einem fehlenden Benutzungswillen des Markeninhabers
ergeben. Davon sei vorliegend jedoch nicht auszugehen. Die Markeninhaberin
benutze die in Rede stehende Marke jedenfalls in Kombination mit weiteren
Zeichenbestandteilen.

8 Der Marke fehle von Haus aus jegliche Unterscheidungskraft i.S. von § 4
Abs. 2 Nr. 1 Fall 1 WZG und § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Der Wortbestandteil der
Marke sei eine glatt beschreibende Bezeichnung der Abnehmerkreise. Die gra-

phische und farbliche Gestaltung könne keine markenrechtliche Unterscheidungskraft begründen.

9 Wegen der fehlenden Unterscheidungskraft habe die Marke nur aufgrund Verkehrsdurchsetzung eingetragen werden dürfen. Durch das im Anmeldeverfahren vorgelegte Material sei eine Verkehrsdurchsetzung nicht belegt. Welche Konsequenzen sich aus der gleichwohl erfolgten Eintragung für das Löschungsverfahren ergäben, könne vorliegend offenbleiben. Die Markeninhaberin habe jedenfalls eine nachträgliche Verkehrsdurchsetzung der Streitmarke durch die demoskopischen Gutachten von Februar 2001 und Januar 2004 dargetan.

10 C. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde haben keinen Erfolg. Mit Recht hat das Bundespatentgericht die Voraussetzungen der Löschung der angegriffenen Marke verneint (§ 50 Abs. 1 und 2 Satz 1 MarkenG).

11 I. Das Bundespatentgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Marke i.S. von § 3 Abs. 1 MarkenG abstrakt, das heißt ohne Bezug zu den beanspruchten Waren und Dienstleistungen, markenfähig ist. Wörter sind nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 3 Abs. 1 MarkenG als Marke schutzfähig. Davon sind Wörter des Grundwortschatzes der deutschen Sprache nicht ausgenommen. Sie sind ebenfalls generell geeignet, als Hinweis auf die Herkunft von Waren oder Dienstleistungen aus einem Unternehmen zu dienen (vgl. BGH, Beschl. v. 23.10.2008 - I ZB 48/07, GRUR 2009, 669 Tz. 9 = WRP 2009, 815 - POST II).

12 II. Ohne Erfolg wendet sich die Rechtsbeschwerde dagegen, dass das Bundespatentgericht vom Vorliegen der Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG zu dem nach

§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag ausgegangen ist.

13 1. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeerwiderung ist die angegriffene Marke allerdings von Haus aus nicht unterscheidungskräftig i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

14 a) Dem Wortbestandteil "Kinder" der angegriffenen Marke fehlt für die Ware "Schokolade" wegen der die Zielgruppe der Abnehmer der Produkte beschreibenden Bezeichnung jegliche Unterscheidungskraft i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG (BGHZ 156, 112, 122 - Kinder I). Jegliche Unterscheidungskraft fehlt einer Bezeichnung nicht nur dann, wenn es um eine Beschreibung konkreter Merkmale der in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG geht, sondern auch dann, wenn es sich um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache handelt, das vom Verkehr stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird (BGH, Beschl. v. 28.8.2003 - I ZB 6/03, GRUR 2003, 1050 f. = WRP 2003, 1429 - Cityservice). Der Wortbestandteil "Kinder" der angegriffenen Marke beschreibt allgemein den möglichen Abnehmerkreis der Produkte, so dass es nicht darauf ankommt, welche Waren die Markeninhaberin herstellt und vertreibt und ob diese - wie die Rechtsbeschwerdeerwiderung geltend macht - auch von Erwachsenen verzehrt werden (BGH, Urt. v. 20.9.2007 - I ZR 94/04, GRUR 2007, 1066 Tz. 31 = WRP 2007, 1466 - Kinderzeit; Urt. v. 20.9.2007 - I ZR 6/05, GRUR 2007, 1071 Tz. 25 = WRP 2007, 1461 - Kinder II).

15 b) Das Bundespatentgericht ist davon ausgegangen, dass die Ausgestaltung der angegriffenen Marke mit einem gegenüber den nachfolgenden roten Buchstaben vergrößerten und in der Farbe Schwarz gehaltenen Anfangs-

buchstaben der Marke keine Unterscheidungskraft verleiht. Auch diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

16 Zwar kann eine Wort-/Bildmarke, deren Wortbestandteil nicht unterscheidungskräftig ist, aufgrund der Gesamtgestaltung über Unterscheidungskraft verfügen, wenn die graphischen Elemente ihrerseits charakteristische Merkmale aufweisen, in denen der Verkehr einen Herkunftshinweis sieht. Einfache graphische Gestaltungselemente oder Verzierungen des Schriftbildes, an die sich der Verkehr durch häufige werbemäßige Verwendung gewöhnt hat, reichen jedoch nicht aus, um in Kombination mit einem nicht unterscheidungskräftigen Wortbestandteil dem Gesamtzeichen Unterscheidungskraft zu verschaffen (BGH, Beschl. v. 28.6.2001 - I ZB 58/98, GRUR 2001, 1153 = WRP 2001, 1201 - anti KALK; Beschl. v. 21.2.2008 - I ZB 24/05, GRUR 2008, 710 Tz. 20 = WRP 2008, 1087 - VISAGE).

17 Das Bundespatentgericht hat angenommen, dass es angesichts des glatt beschreibenden Charakters des Wortbestandteils erheblicher gestalterischer Elemente bei dem Zeichen "Kinder" bedurfte, um sich dem Verkehr von Haus aus als Herkunftshinweis einzuprägen. Dies ist aus Rechtsgründen ebenso wenig zu beanstanden wie die weitere Feststellung des Bundespatentgerichts, dass die Gestaltungselemente der angegriffenen Marke diesen Anforderungen nicht genügen.

18 2. Das Bundespatentgericht ist davon ausgegangen, die angegriffene Marke sei deshalb nicht zu löschen, weil das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag nachweislich durch Verkehrsdurchsetzung i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden worden sei. Aus den von der Markeninhaberin belegten Verwendungsbeispielen ergebe sich ohne weiteres, dass die Streitmarke nach Art einer

Dach- oder Zweitmarke eingesetzt worden sei. Eine derart benutzte Kennzeichnung könne Gegenstand einer eigenständigen Verkehrsdurchsetzung sein. Die von der Markeninhaberin vorgelegten demoskopischen Untersuchungen der G. -Marktforschung vom Februar 2001 und Januar 2004 belegten die erforderliche Verkehrsdurchsetzung. Aus der Umfrage für Februar 2001 ergebe sich ein positiver Zuordnungsgrad von 80,5%, der sich nach Abzug einer Fehlertoleranz von 3,2% auf 77,3% ermäßige. Aus der weiteren Umfrage für Januar 2004 folge ein entsprechender Zuordnungsgrad von 77,6%, der nach Berücksichtigung der Fehlertoleranz von 3,8% noch 73,8% ausmache. Diese Werte reichten aus, um eine Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen Marke zu belegen. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

19

a) Das Bundespatentgericht hat zu Recht angenommen, dass eine Verkehrsdurchsetzung als Herkunftshinweis grundsätzlich eine Verwendung der Kennzeichnung als Marke, also eine markenmäßige und damit nicht lediglich eine beschreibende Verwendung voraussetzt. Die Tatsache, dass die Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen herrührend erkannt wird, muss auf der Benutzung des Zeichens als Marke beruhen, also auf einer Benutzung, die dazu dient, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen stammend identifizieren können (vgl. EuGH, Urt. v. 18.6.2002 - C-299/99, Slg. 2002, I-5475 = GRUR 2002, 804 Tz. 64 = WRP 2002, 924 - Philips/Remington; BGH GRUR 2009, 669 Tz. 18 - POST II). Dazu muss die Marke nicht notwendig eigenständig benutzt werden. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Senats kann eine Marke vielmehr infolge ihrer Benutzung als Teil einer komplexen Kennzeichnung oder in Verbindung mit anderen Marken Unterscheidungskraft erlangen (EuGH, Urt. v. 7.7.2005 - C-353/03, Slg. 2005, I-6135 = GRUR 2005, 763 Tz. 30 - Nestlé/Mars; BGH GRUR 2008, 710 Tz. 38 - VISAGE).

20 b) Davon ist auch das Bundespatentgericht ausgegangen und hat anhand einer Reihe von Verwendungsbeispielen festgestellt, dass die Markeninhaberin die angegriffene Marke als hervorgehobenen Bestandteil einer Kennzeichenkombination oder in deutlich von den übrigen Zeichenbestandteilen abgesetzter Form in der Art einer Dach- oder Zweitmarke eingesetzt hat.

21 Gegen diese Feststellungen wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg mit der Begründung, die angegriffene Marke beherrsche den Gesamteindruck der Zeichenkombinationen nicht; die übrigen Phantasiebezeichnungen - wie etwa "Happy Hippo", "Prof. Rino", "bueno" oder "country" - träten in Zeichenkombinationen nicht hinter der angegriffenen Marke zurück.

22 Auf diese Erwägungen der Rechtsbeschwerde kommt es nicht an. Entscheidend ist vielmehr, ob die angegriffene Marke eine gewisse Selbständigkeit aufweist und infolgedessen die maßgeblichen Verkehrskreise den fraglichen Bestandteil als eigenständigen Hinweis auf die Herkunft der so gekennzeichneten Ware aus einem Unternehmen auffassen (BGH, Beschl. v. 13.5.1969 - I ZB 3/66, GRUR 1970, 75, 77 - Streifenmuster; BGH GRUR 2008, 710 Tz. 38 - VISAGE). Von einer entsprechenden Selbständigkeit der angegriffenen Marke bei der Verwendung mit den weiteren Zeichenbestandteilen ist das Bundespatentgericht ausgegangen. Es hat festgestellt, die Marke "Kinder" werde von der Markeninhaberin in der Art einer Dach- oder Zweitmarke verwendet. Gegen diese Feststellungen erinnert die Rechtsbeschwerde nichts. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

23 c) Das Bundespatentgericht hat weiter angenommen, dass für den Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag die erforderliche Verkehrsdurchsetzung in der Gesamtbevölkerung bewiesen sei. Diese Beurteilung des Bundespatentgerichts hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand.

24

aa) Die Frage, ob eine Marke infolge Benutzung Unterscheidungskraft i.S. des § 8 Abs. 3 MarkenG erlangt hat, ist aufgrund einer Gesamtschau der Gesichtspunkte zu beantworten, die zeigen können, dass die Marke über die Eignung verfügt, die fraglichen Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Dienstleistung damit von den Leistungen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH, Urt. v. 4.5.1999 - C-108 und 109/97, Slg. 1999, I-2779 = GRUR 1999, 723 Tz. 54 - Chiemsee, zu Art. 3 Abs. 3 MarkenRL; BGH GRUR 2008, 710 Tz. 26 - VISAGE). Dabei kann für die Feststellung des im Einzelfall erforderlichen Durchsetzungsgrads nicht von festen Prozentsätzen ausgegangen werden, auch wenn - sofern nicht besondere Umstände eine abweichende Beurteilung rechtfertigen - die untere Grenze für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung nicht unterhalb von 50% angesetzt werden kann (vgl. BGH, Beschl. v. 1.3.2001 - I ZB 54/98, GRUR 2001, 1042, 1043 = WRP 2001, 1205 - REICH UND SCHOEN; Beschl. v. 25.10.2007 - I ZB 22/04, GRUR 2008, 510 Tz. 23 = WRP 2008, 791 - Milch-schnitte). Handelt es sich jedoch um einen Begriff, der die fraglichen Dienstleistungen ihrer Gattung nach glatt beschreibt, kommt eine Verkehrsdurchsetzung erst bei einem deutlich höheren Durchsetzungsgrad in Betracht (BGH, Beschl. v. 19.1.2006 - I ZB 11/04, GRUR 2006, 760 Tz. 20 = WRP 2006, 1130 - LOTTO). Denn ein sehr bekannter beschreibender Begriff kann Unterscheidungskraft i.S. des Art. 3 Abs. 3 MarkenRL (§ 8 Abs. 3 MarkenG) nur bei einer langen und intensiven Benutzung der Marke erlangen (für eine sehr bekannte geographische Herkunftsangabe EuGH GRUR 1999, 723 Tz. 50 - Chiemsee; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 8 Rdn. 436d). Dementsprechend hat der Senat auch nach Inkrafttreten des Markengesetzes im Einzelfall eine sehr hohe oder eine nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung als notwendig angesehen (vgl. BGHZ 156, 112, 125 - Kinder I; BGH GRUR 2006, 760 Tz. 24 - LOTTO; GRUR 2009, 669 Tz. 25 - POST II; ebenso Ströbele in Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 8 Rdn. 331; v. Gamm in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher

Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, § 8 Rdn. 54; wohl auch Lange, Marken- und Kennzeichenrecht Rdn. 663; a.A. v. Schultz in v. Schultz, Markenrecht, 2. Aufl., § 8 MarkenG Rdn. 187).

25 bb) Von diesen Maßstäben ist auch das Bundespatentgericht ausgegangen. Es hat das Vorliegen einer Verkehrsdurchsetzung rechtsfehlerfrei bejaht.

26 Für die Feststellung des Durchsetzungsgrads ist auf die Gesamtbevölkerung abzustellen, weil diese bei den Waren des Massenkonsums, zu denen Schokoladenprodukte gehören, zu den angesprochenen Verkehrskreisen zählt (vgl. BGH GRUR 2006, 760 Tz. 22 - LOTTO). Ob hiervon diejenigen Teile der Befragten auszunehmen sind, die keinerlei Bezug zu Schokoladenwaren haben, kann offenbleiben. Die auf die Gesamtheit der Befragten bezogenen Werte zum Durchsetzungsgrad der angegriffenen Marke reichen für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung aus.

27 (1) Nach dem G. -Gutachten für Februar 2001, für das 1.250 Personen interviewt wurden, ist die angegriffene Marke in der schwarz/roten Gestaltung 96,1% der gesamten Befragten im Zusammenhang mit Schokolade bekannt. 82,2% der Befragten fassen das in Rede stehende Zeichen als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen auf. 71,9% der Befragten ordnen die angegriffene Marke unmittelbar oder mittelbar über andere Marken der Markeninhaberin zu. Hinzuzurechnen sind diejenigen Befragten, die die angegriffene Marke als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen auffassen, das Unternehmen aber namentlich nicht benennen können. Dagegen haben diejenigen Befragten, die das Zeichen, dessen Verkehrsdurchsetzung in Rede steht, einem anderen ausdrücklich benannten Unternehmen zuordnen, bei der Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung des Zeichens zugunsten eines bestimmten Unternehmens außer Betracht zu bleiben (vgl. BGH GRUR 2007, 1066 Tz. 36 - Kinderzeit; Fezer aaO

§ 8 Rdn. 423; Ströbele in Ströbele/Hacker aaO § 8 Rdn. 315 und Rdn. 354; Büscher in Büscher/Dittmer/Schiwy aaO § 14 MarkenG Rdn. 214; a.A. Niedermann, GRUR 2006, 367, 371: Außerachtlassung nur bei massiven Fehlzuordnungen).

28 Danach ist der Zuordnungsgrad von 71,9% für Februar 2001 um die 8,6% der Befragten zu erhöhen, die die angegriffene Marke als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen auffassen, ohne die Markeninhaberin oder ein Drittunternehmen anzugeben.

29 (2) Nach dem G. -Gutachten für Januar 2004, dem ebenfalls die farblich und graphisch gestaltete angegriffene Marke zugrunde lag und für das 1.000 Personen interviewt wurden, ist 96,5% der Gesamtheit der Befragten das angegriffene Zeichen bekannt. 82,4% der Gesamtheit der Befragten fassten das Zeichen als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen auf. Auf die Frage nach dem Namen des Unternehmens ordneten 51,9% der Befragten die angegriffene Marke unmittelbar oder mittelbar der Markeninhaberin zu. Weitere 25,7% der Befragten, die das Zeichen als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen auffassten, konnten den Markeninhaber nicht angeben. Dieser Anteil der Befragten ist zu den 51,9% zu addieren, die die Streitmarke unmittelbar oder mittelbar der Markeninhaberin zuordnen konnten. Dagegen haben 4,8% der Befragten im Hinblick auf die erfolgte Fehlzuordnung außer Betracht zu bleiben. Daraus folgt ein Durchsetzungsgrad von 77,6% (51,9% zuzüglich 25,7% oder 82,4% abzüglich 4,8%).

30 (3) Gegen diese Werte, die das Bundespatentgericht der Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung für den Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag zugrunde gelegt und noch um Fehlertoleranzen bereinigt hat, wendet sich die Rechtsbeschwerde mit der Begründung, die Stichproben von

1.000 bzw. 1.250 Befragten seien nicht repräsentativ. Die Verkehrsdurchsetzung sei nicht zutreffend für das Zeichen "Kinder" in Alleinstellung ermittelt worden. Die Eingangsfrage, ob dem Befragten die in Rede stehende Bezeichnung "Kinder" im Zusammenhang mit Schokolade bekannt sei, erwecke unwillkürlich Assoziationen zum Produkt "Kinder SCHOKOLADE". Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden.

31 Das Bundespatentgericht hat angenommen, dass für die Ermittlung des Durchsetzungsgrades eine Stichprobe im Umfang von 1.000 bzw. 1.250 Befragten ausreichend ist (ebenso Hasselblatt/Eichmann, Münchner Anwalts- handbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl., § 9 Rdn. 31-33; Niedermann, GRUR 2006, 367, 373). Das lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Die Rechtsbeschwerde zeigt weder unter rechtlichen noch statistischen Gesichtspunkten auf, warum eine größere Stichprobe für die Feststellung des Durchsetzungsgrades erforderlich sein soll.

32 (4) Auch die Angriffe der Rechtsbeschwerde gegen die gewählte Frage- stellung und gegen die demoskopische Ermittlung des Durchsetzungsgrades der angegriffenen Marke in Alleinstellung greifen nicht durch. Zwar hat der Se- nat verschiedentlich auf den unter Umständen begrenzten Wert von Verkehrs- befragungen hingewiesen, mit denen der Durchsetzungsgrad eines isolierten Zeichenbestandteils ermittelt werden soll, der bislang nur in Kombination mit anderen Elementen verwendet worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 23.6.1967 - Ib ZR 54/66, GRUR 1968, 371, 376 - Maggi; Urt. v. 12.7.1967 - Ib ZR 47/65, GRUR 1968, 581, 584 - Blunazit). Diese besonderen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Durchsetzungsgrades bestehen vorliegend aber nicht, weil nach den Feststellungen des Bundespatentgerichts die angegriffene Marke durch die Verwendung in der Art einer Dach- oder Zweitmarke bereits aufgrund der Be- nutzung eine gewisse Selbständigkeit aufweist.

- 33 Gegen die gewählte Fragestellung bestehen im Streitfall ebenfalls keine Bedenken. Die Eingangsfrage nach der Bekanntheit der angegriffenen Marke im Zusammenhang mit der beanspruchten Ware entspricht der Richtlinie des Deutschen Patent- und Markenamts für die Prüfung von Markenmeldungen (BIPMZ 2005, 245 Abschnitt IV 5.17). Dass dadurch im vorliegenden Fall Assoziationen zu der weiteren Bezeichnung "Kinder SCHOKOLADE" nicht ausgeschlossen werden können, ist unschädlich. Dies ist Folge der Kennzeichnungskraft der mit der angegriffenen Marke und weiteren Bezeichnungen gebildeten Markenfamilie, zu der auch die Bezeichnung "Kinder SCHOKOLADE" gehört.
- 34 (5) Die Rechtsbeschwerde wendet sich weiter dagegen, dass das Bundespatentgericht diejenigen Befragten zugunsten der Markeninhaberin berücksichtigt hat, die auf die Frage nach dem Namen der Firma oder von Produkten dieser Firma "Kinderschokolade" angegeben haben. Sie meint, es könne trotz der Bekanntheit des Produkts "Kinder SCHOKOLADE" der Markeninhaberin nicht ausgeschlossen werden, dass ein ins Gewicht fallender Anteil dieser Befragten nicht den Produktnamen, sondern die Produktgattung "Schokolade für Kinder" gemeint habe. Dem kann nicht zugestimmt werden.
- 35 Die G. -Gutachten für Februar 2001 und Januar 2004 weisen keine Angaben mit der Bezeichnung "Schokolade für Kinder" auf. Daraus hat das Bundespatentgericht gefolgert, dass diese Bezeichnung nicht genannt worden ist und es keinen Anhalt dafür gibt, dass auf die gezielte Frage nach Firmen- oder Produktnamen ein Teil der Befragten zwar "Kinderschokolade" gesagt, aber "Schokolade für Kinder" gemeint hat. Diese tatrichterliche Würdigung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.
- 36 (6) Das Bundespatentgericht hat von dem ermittelten Durchsetzungsgrad für Februar 2001 von 80,5% und Januar 2004 von 77,6% Abzüge für Feh-

lertoleranzen vorgenommen. Ausgehend von einer 95%igen Wahrscheinlichkeit und der Stichprobe von 1.250 Befragten der ersten demoskopischen Erhebung (Februar 2001) und 1.000 Befragten der zweiten Erhebung (Januar 2004) hat es unter Heranziehung einer Tabelle für den Durchsetzungsgrad eine Fehlertoleranz von 3,2% (Gutachten Februar 2001) und 3,8% (Gutachten Januar 2004) ermittelt. Nach dieser Tabelle liegt der Durchsetzungsgrad mit 95%iger Wahrscheinlichkeit zwischen 77,3% und 83,7% (80,5% +/- 3,2%) für Februar 2001 und zwischen 73,8% und 81,4% (77,6% +/- 3,8%) für Januar 2004. Im Hinblick auf die Fehlertoleranzen hat das Bundespatentgericht seiner Beurteilung den jeweils unteren Wert von 77,3% und 73,8% zugrunde gelegt.

- 37 Die Frage, ob die Fehlertoleranzen durch Abzüge zu berücksichtigen sind, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. Auch bei deren Berücksichtigung verbleibt ein Durchsetzungsgrad von 77,3% (Februar 2001) und von 73,8% (Januar 2004).
- 38 Das Bundespatentgericht hat diese Werte für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag als ausreichend angesehen. Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.
- 39 Ohne Erfolg beruft sich die Rechtsbeschwerde für ihre gegenteilige Auffassung auf die Senatsrechtsprechung, nach der für eine Verkehrsdurchsetzung des reinen Wortzeichens "Kinder" wegen der die Abnehmerkreise glatt beschreibenden Angabe eine nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung erforderlich ist (vgl. BGHZ 156, 112, 125 - Kinder I). Im Streitfall ist die Verkehrsdurchsetzung der Wort-/Bildmarke "Kinder" in der konkreten graphischen und farblichen Gestaltung zu beurteilen. Für die Verkehrsdurchsetzung dieser Marke hat das Bundespatentgericht zu Recht einen deutlich über 70% liegenden Durch-

setzungsgrad genügen lassen. Der Schutzbereich der Marke erfasst ohne Verkehrsdurchsetzung des reinen Wortbestandteils "Kinder" regelmäßig keine Drittmarken, die neben weiteren kennzeichnungskräftigen Elementen den nicht unterscheidungskräftigen Wortbestandteil "Kinder" auf dem in Rede stehenden Warengbiet enthalten (vgl. BGH GRUR 2007, 1066 Tz. 54 und 57 - Kinderzeit; GRUR 2007, 1071 Tz. 42 f. und 49 - Kinder II). Es besteht deshalb kein Anlass, einen höheren als den vom Bundespatentgericht festgestellten Durchsetzungsgrad der Verkehrsdurchsetzung i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG zugrunde zu legen.

40 D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Abs. 2 Satz 1 MarkenG.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Bergmann

Kirchhoff

Vorinstanz:

Bundespatentgericht, Entscheidung vom 17.05.2006 - 32 W(pat) 39/03 -