

# BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 101/02

---

(AktENZEICHEN)

Verkündet am  
24. Juli 2002

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 398 64 844.1**

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24. Juli 2002 durch die Vorsitzende Richterin Grabrucker, den Richter Baumgärtner und die Richterin Pagenberg

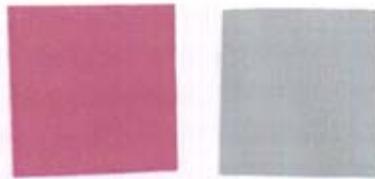
beschlossen:

Der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 28. Dezember 2001 wird aufgehoben.

## Gründe

### I.

Die Farbkombination



soll als "sonstige Markenform" mit dem Zusatz "grau: RAL 7045 bzw. Cool Gray 7, U/magenta: RAL 4010 bzw. Pantone Rhodamine Red U" nach der im Beschwerdeverfahren vorgenommenen Beschränkung nurmehr für die Waren und Dienstleistungen der

Klasse 9:

elektrische, elektronische, optische, Mess-, Signal-, Kontroll- oder Unterrichtsapparate und -instrumente (soweit in Klasse 9 enthalten); Apparate zur Aufzeichnung, Übertragung, Verarbeitung und Wiedergabe von Ton, Bild oder Daten; maschinenlesbare Datenaufzeichnungsträger; Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate; Datenverarbeitungsgeräte und Computer;

Klasse 16:

Druckereierzeugnisse, nämlich Telefonbücher und sonstige Verzeichnisse für die Telekommunikation;

Klasse 36:

Finanzwesen; Immobilienwesen;

Klasse 37:

Bauwesen; Installation, Wartung und Reparatur von Einrichtungen für die Telekommunikation;

Klasse 38:

Telekommunikation; Betrieb und Vermietung von Einrichtungen für die Telekommunikation, insbesondere für Funk und Fernsehen;

Klasse 41:

Erziehung; Ausbildung; Unterhaltung; Organisation von sportlichen und kulturellen Veranstaltungen; Veröffentlichung von Büchern, Zeitschriften und anderen Druckerzeugnissen sowie entsprechenden elektronischen Medien (einschließlich CD-ROM und CD-I);

Klasse 42:

Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung; Dienstleistungen einer Datenbank, nämlich Vermietung der Zugriffszeiten zu und Betrieb von Datenbanken, sowie Sammeln und Liefern von Daten, Nachrichten und Informationen; Vermietung von Datenverarbeitungseinrichtungen und Computern; Projektierung und Planung von Einrichtungen für die Telekommunikation

als "isolierte Farbe magenta/grau in jeglicher Erscheinungsform" in das Markenregister eingetragen werden.

Mit Beschluss vom 28. Dezember 2001 hat die Markenstelle für Klasse 38 des Deutschen Patent- und Markenamts die angemeldete abstrakte Farbmarke zwar als markenfähig und grafisch darstellbar angesehen, aber als unmittelbar beschreibende, freihaltebedürftige und nicht unterscheidungskräftige Sachangabe zurückgewiesen. Die in Klasse 9 genannten Waren seien in der Regel in Farben wie Schwarz, Grau, Silber oder Weiß gestaltet, wobei unterschiedliche Farbabstufungen und -nuancen bestünden. Für die Darstellung von Bedienzeichen oder anderen Hinweisen sei die Verwendung weiterer, kräftiger Farben üblich, wie auch beispielsweise Magenta, weshalb die angemeldeten Farben als Beschaffenheitsangaben dienen könnten. Dies gelte auch für die in Klasse 16 angemeldeten Waren. Ihnen sei gemein, dass sie in der Regel in den unterschiedlichsten Farben ausgestaltet seien und darunter auch Magenta oder Grau fallen könne. Für die weiter angemeldeten Dienstleistungen sei vor allem in der Werbung ein intensiver Einsatz aller möglichen Farben und Farbkombinationen üblich, so dass auch hier die Farbkombination magenta/grau als gebräuchliche Zusammenstellung bezeichnet werden könne, die der Verkehr lediglich als gattungsmäßigen Hinweis auf eine der aufgeführten Dienstleistungen auffasse. Aufgrund dieser angesprochenen Üblichkeit fehle der angemeldeten Marke auch jegliche Unterscheidungskraft.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie trägt vor, die Rechtsauffassung der Markenstelle widerspreche der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur abstrakten Farbmarke. Die angemeldete Farbzusammenstellung sei für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen konkret unterscheidungskräftig. Hierbei dürfe kein anderer Maßstab angelegt werden, als bei sonstigen Marken. Die vorliegende Anmeldung sei im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren- und Dienstleistungsklassen, insbesondere den von der Anmelderin angebotenen Telekommunikationsdienstleistungen der Klasse 38 zu sehen. Für diese sei die Farbkombination weder allgemein üblich noch geschmacklich bedingt. Übli-

cherweise stünden gedeckte Farben als Kennzeichnungsmittel in diesem Dienstleistungssektor im Vordergrund. Deshalb sei die Kombination von Magenta mit Grau besonders originell. Gleiches gelte auch für die Dienstleistungen der Klassen 41 und 42. Die Farbkombination werde auch vom Verkehr nicht als gewöhnliche Farbe angesehen, sondern auf die Anmelderin bezogen, die bereits seit dem Jahre 1990 diese Farbzusammenstellung als Hausfarbe verwende. Daher fehle es auch an einem nachgewiesenen aktuellen Freihaltungsbedürfnis. Selbst wenn jedoch Eintragungshindernisse beständen, so seien diese durch Verkehrsdurchsetzung überwunden.

Die Anmelderin beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Die Farbzusammenstellung "magenta/grau" ist sowohl abstrakt markenfähig gemäß § 3 Abs 1 MarkenG als auch grafisch darstellbar iSv § 8 Abs 1 MarkenG iVm Art 2 MarkenRL. Nach Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses steht der angemeldeten Marke weder das Eintragungshindernis der mangelnden Unterscheidungskraft noch das der beschreibenden Angabe nach § 8 Abs 2 Nr 1 und 2 MarkenG entgegen.

1. Der Senat teilt nicht die Bedenken des 33. Senats des Bundespatentgerichts, die Gegenstand der Vorlageentscheidung an den EuGH sind (Beschluss vom 22. Januar 2002, GRUR 2002, 429 - abstrakte Farbmarke). Daher sieht er keine Veranlassung das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH aussetzen.

1.1. Bei einem Verständnis der abstrakten Farbmarke mit ihrem Schutzgegenstand der beanspruchten Farbe oder Farbverbindung als Abstraktum ohne figürliche Festlegung in ihren wechselnden gegenständlichen Auftritten erübrigt es sich, die Probleme der Markenfähigkeit, der grafischen Darstellbarkeit und der Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes bei dieser Markenform, wie sie seit 1996 und den ersten dazu ergangenen Entscheidungen wiederholt erörtert worden sind, erneut in Frage zu stellen. Dies gilt insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass nicht nur der BGH, sondern auch die ganz überwiegende Literaturmeinung bereits zu diesen Fragen zu einem abschließenden Meinungsstand gekommen sind (vgl. Althammer/Ströbele/Klaka, 6. Aufl. § 3 Rdn 21; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl. § 3 Rdn 265 - 267; Fezer, MarkenR 1999, 73 ff; Berlit, Das neue Markenrecht, 4. Aufl., S 10, Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 1998, § 3 Rdn 32; Schmieder, NJW 1997, 2908, 2910; Wittenzellner, Festschrift für Beier, 1996, S 333 ff; von Schultz, GRUR 1997, 714; ders. Markenrecht, Komm. 1. Aufl 2002, § 8 Rdn 7; Völker/Semmler, GRUR 1998, 93; Jaeger-Lenz, WRP 1999, 290 ff; Kur in: Schrickler/Bastian/Albert, Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, 1. Aufl 1998, S 13; Erdmann, ABI HABM v. 15. September 2001, 22; Kunz-Hallstein, MarkenR 2000, 385, 395; Ströbele GRUR 1999, 1041, 1046 ff, Grabrucker GRUR 1999, 850; WRP 2000, 1334; MarkenR 2001, 95, 100; Caldarola, Farbenschutz in Deutschland, USA und Japan, Diss. München 2001, Schriftenreihe zum gewerbl. Rechtsschutz Band 116; zuletzt als Anmerkungen zum Vorlagebeschluss Völker WRP 2002, 639; Böhmann, GRUR 2002, 658 ff). Die davon abweichenden Stimmen sind hingegen in der Minderheit (v. Bechtolsheim/Gantenberg, GRUR 2001, 705, 707; Sack, WRP 2001, 1023, 1024; Johannes/Zurkinden, MarkenR 2000, 153, 158; M. Winkler, Markenartikel (MA) 11/1996, S 16 ff). Deshalb hält der Senat es für geboten, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit für die Anmelder und das Deutsche Patent- und Markenamt, der nationalen höchstrichterlichen ständigen Entscheidungspraxis zu folgen (BGH GRUR 1999, 491 – gelb/schwarz; GRUR 1999, 730 – magenta/grau; BGH I ZB 5/98

vom 25. März 1999 - schwarz/zink-gelb; GRUR 2001, 1154 – violettfarben; WRP 2002, 450, 451 - gelb/grün). Diese ist im übrigen auch zur Ausgangsgrundlage in weiteren Entscheidungen des BPatG zu Farbmarken gemacht worden und hat zu Eintragungen geführt. Abstrakte Farbmarken genießen sowohl als von Haus aus unterscheidungskräftig (32 W (pat) 278/00 vom 6. Februar 2002 - Gelb-Orange; 32 W (pat) 334/99 vom 16. August 2001 - Gold/Gelb) als auch als verkehrsdurchgesetzt (BPatG 30 W (pat) 287/96 vom 2. August 1999 - BPatGE 42, 51 - Farbmarke violett (für Abformmassen für zahnärztliche Zwecke); 32 W (pat) 72/97 vom 19. April 2000 - magenta und 32 W(pat) 79/97 vom 19. April 2000 – magenta/grau) Markenschutz. Auch bei verkehrsdurchgesetzten Marken sind Markenfähigkeit und grafische Darstellbarkeit als rechtliche Voraussetzung bejaht worden.

Zwar besteht zu Rechtsfragen eine unmittelbare Bindungswirkung einer Entscheidung des BGH für das Bundespatentgericht gem § 82 Abs 1 MarkenG, § 563 Abs 2 ZPO nur in dem jeweils entschiedenen Verfahren und auch die Entscheidungen der anderen Senate des Gerichts können keine Bindungswirkung hinsichtlich einzelner Rechtsfragen entfalten. Dem Senat erscheint es jedoch unter Abwägung der Gründe, die für und gegen eine Aussetzung des Verfahrens sprechen, dem Rechtsfrieden förderlicher, in Übereinstimmung mit der gesamten übrigen Rechtsprechung zur Sache zu entscheiden (vollständiger Überblick: Grabrucker, Jahresberichte BPatG Markenrecht, in GRUR 1998, 625; GRUR 1999, 605; GRUR 2000, 367; GRUR 2001, 374; GRUR 2002, 377).

- 1.2. Im übrigen hält der Senat diese Entscheidungspraxis auch für rechtlich zutreffend. Die abstrakte Markenfähigkeit einer Farbe oder Farbzusammensetzung, auch Farbverbindung oder Farbkombination genannt, (vgl Art 15 TRIPS im englischen Originaltext: "combination of colours") als solche ergibt sich ohne weiteres aus § 3 Abs 1 MarkenG, wonach als Marke alle Zeichen, insbesondere Aufmachungen, einschließlich Farben und Farbzusammenstel-

lungen, geschützt werden können, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Die sprachlich korrekte Auslegung von § 3 Abs 1 MarkenR lässt dies zu, wie bereits der 28. Senat in seiner Entscheidung zu ARAL/BLAU I (BPatG GRUR 1999, 61, 62 - blau/weiß) ausführlich erörtert hat, was sodann in den Entscheidungen des BGH zu abstrakten Farbmarken bestätigt worden ist (ua BGH GRUR 2001, 1154 - violettfarben; GRUR 1999, 491 - gelb/schwarz; GRUR 1999, 730 - magenta/grau).

- 1.3. Die Anmeldung erfüllt auch das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit im Sinne von §§ 8 Abs 1 MarkenG, 3 Abs 1 MarkenG iVm Art 2 MarkenRL, denn bei Farbmarken genügt die Umschreibung der begehrten Marke mit hinreichend eindeutigen Symbolen, die durch Wiedergabe der Farben in Form eines Farbmusters oder durch Bezugnahme auf ein gängiges Farbklassifikationssystem erfolgen kann (BGH GRUR 2002, 427 - Farbmarke gelb/grün; GRUR 2001, 1154 - violettfarben; GRUR 2002, 538 ff – grünes Prozesorengehäuse; Mitt 1999, 231 – magenta/grau). Dies ist hier kumulativ geschehen.
- 1.4. Der Eintragung einer abstrakten Farbzusammenstellung steht auch nicht der registerrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz entgegen, denn durch die Festlegung der Anmeldung in der Wiedergabe der Farben in Verbindung mit dem Waren- und Dienstleistungsverzeichnis ist ihr Schutzgegenstand festgelegt. Aus dem Rechtsstaatsprinzip, das sich ua auch im Bestimmtheitsgebot für die Eintragungsverfügung der Marke verwirklicht, folgt notwendigerweise das Prinzip der Bestimmtheit des Registers in seiner Funktion der Wiedergabe und Veröffentlichung der geschützten Marken. Dazu gehört, dass jeder Wettbewerber genau über die Grenzen seines Schutzrechts und das der anderen Kenntnis haben soll, so dass es ihm im Handel möglich ist, sein Recht so frei wie möglich innerhalb der gesetzlichen Schranken auszuüben. Dazu gehört aber auch, dass für den Anmelder selbst die Eigentumsrechte und deren

Grenzen deutlich sind und schließlich, dass der Staat selbst, der das öffentliche Interesse durch die Beachtung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wahrt, wiederum die Grenzen für mögliches Eingreifen wahrnehmen kann. Ausgehend vom bereits ausgeführten Verständnis der neuen Markenform ist sie eindeutig in der markenmäßigen Verwendung der eingetragenen Farbe oder Farbzusammenstellung festgelegt und zwar in jedweder Erscheinungsform, oder jedenfalls in der vom Anmelder erklärten formenmäßigen Einschränkung (Grabrucker, GRUR 1999, 850, 854 f). Diese Festlegung dient als Maßstab sowohl für den Markeninhaber, wie für die Wettbewerber und die staatlichen Organe. Das Ausmaß des erteilten Markenrechtsschutzes ist für die Wettbewerber in vorherseh- und berechenbarer Weise erkennbar und bedeutet, dass sie sich sämtlicher Möglichkeiten der markenmäßigen Farbverwendung der geschützten Farbkombination im beanspruchten Waren- oder Dienstleistungssegment zu enthalten haben gem § 14 Abs 2 bis 4 MarkenG. Damit steht auf der Tatbestandsseite des durch die Marke gewährten Ausschließlichkeitsrechts für Wettbewerber mit dem für die Ausrichtung ihres Verhaltens erforderlichen Grad der Bestimmtheit fest, welcher Sachverhalt ihnen nicht als Herkunftshinweis zur Verfügung steht.

Ebenso weiß der Markeninhaber, dass sich sein Schutzrecht lediglich an den beanspruchten Skalenfarbtönen ausrichtet (BGH aaO - violettfarben) und nach Ablauf der Benutzungsschonfrist an den Anforderungen einer Benutzung als abstrakte Farbmarke messen lassen und diesen genügen muss, dh dass die Farbzusammenstellung in zahlreichen möglichen Erscheinungsformen am Markt auftritt. Daran kann das Zeichen dann auch bei Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt gemessen werden. Aus letzterem ergibt sich aber bereits, dass die Frage des Schutzgegenstandes sich nur an der "Farbzusammenstellung per se" orientiert und nicht an einzelnen Ausgestaltungen, was dem Schutzgegenstand einer konkreten Aufmachungsfarbmarke gleichkäme (Grabrucker ebd. S 854). Letztere ist hier aber nicht verfahrensgegenständlich und daher nicht zu erörtern. Sie ist eine eigene Markenform, die nicht mit der hier betroffenen in Deckung gebracht oder ver-

mischt werden darf. Darüber hinaus ist folgendes zu bedenken: Auch bei den bisher bekannten Markenformen - Wort- oder Bildmarken - ist aus der Anmeldung oder der Eintragung im Register ebenfalls nicht erkennbar, wie das Zeichen letztlich im Markt auftritt. Auch diese Marken verfügen über eine aus der angemeldeten Form ableitbaren Fülle von Erscheinungsmöglichkeiten. So ist beispielsweise bei einer schwarz/weiß in üblicher Schrifttype registrierter Wortmarke regelmäßig weder der Schrifttyp, noch die farbliche Ausgestaltung für die Art der Benutzung festgelegt, noch die flächenmäßige Ausdehnung, evtl auch einzelner Buchstaben, oder der Ort auf dem die Marke auf der Ware oder in Bezug zur Dienstleistung in Erscheinung tritt. Die dabei offenen Fragen der markenmäßigen Benutzung, sowie wann eine Verwendung der geschützten Farbe im Rahmen des § 23 MarkenG gestattet ist oder ob eine von der eingetragenen Marke abweichende Form noch als rechtserhaltende Benutzung iSv § 26 Abs 3 MarkenG gilt, stellen sich bei anderen Markenformen ebenfalls. Sie sind kein Spezifikum der "abstrakten" Farbmarke. Im übrigen hat auch hierzu der BGH (WRP 2002, 451 - gelb/grün) festgestellt, dass für konturlose Farbkombinationsmarken in ihrer im konkreten gegebenen relativen Unbestimmtheit die sich daraus ergebenden Fragen mit dem gesetzlichen Instrumentarium im Einzelfall gelöst werden können.

2. Die Farbkombination "magenta/grau" ist gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG unterscheidungskräftig. Auch hinsichtlich abstrakter Farbmarken gilt kein anderer Maßstab als für die übrigen Markenformen. Der BGH sieht keinen Anlass bei neuen Markenformen strengere Anforderungen an die Unterscheidungskraft zu stellen als bei herkömmlichen Markenformen (vgl Böhmann, GRUR 2002, 658, 659; GRUR 1999, 730 - magenta/grau; BGH GRUR 2001, 11 - violettfarben). Unterscheidungskraft ist daher auch für das hier streitgegenständliche "Magenta/Grau" die dem Zeichen innewohnende konkrete Eigenschaft, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber denjenigen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Denn die Hauptfunktion der

Marke ist es, die Ursprungsidentität der mit ihr gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten. Dabei ist grundsätzlich von nur geringen Anforderungen auszugehen, dh jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um das Schutzhindernis zu überwinden (st Rspr; BGH GRUR 2002, 538 ff – grünes Prozessorengehäuse; GRUR 2001, 1154 ff - violettfarben, jeweils mwN). Einen anderen Maßstab hier anzulegen lässt sich nicht mit dem Hinweis der Markenstelle im angefochtenen Beschluss auf eine mögliche Gefahr der Behinderung von Produktgestaltungen auf dem Warenmarkt rechtfertigen. Das Interesse an einer generellen Freihaltung von Farben darf demgemäß im Rahmen der Prüfung der konkreten Unterscheidungskraft nach § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG keine Rolle spielen (vgl BGH GRUR 2000, 231, 232 - FÜNFER).

Überträgt man die Aussagen des BGH zur Unterscheidungskraft von Wortmarken (GRUR 1999, 1089 – YES) und von Bildmarken (GRUR 1999, 495 - Etiketten) sowie seine fortführenden Feststellungen zu dreidimensionalen Marken (GRUR 2000, 722 – Likörflasche) auf Farben und knüpft an sie folgerichtig an, so ist einer Farbe oder Farbzusammenstellung dann jegliche Unterscheidungskraft nicht abzusprechen, wenn sie – ohne dass sie originell oder eigentümlich sein muss – bezogen auf das beanspruchte Waren- und Dienstleistungsgebiet keinen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffs- oder Bedeutungsinhalt verkörpert und wenn sie auch aus sonstigen Gründen, wozu bloß werbemäßig schmückende oder rein dekorative Elemente zählen, nur als solche und nicht als Herkunftshinweis vom Publikum verstanden wird. Magenta/Grau hat hier keinen für die beanspruchten Klassen im Vordergrund stehenden Bedeutungsgehalt und es handelt sich bei ihr auch nicht lediglich um ein dekoratives Gestaltungselement, das vom Verkehr stets nur als solches und nicht als betriebliches Unterscheidungsmittel verstanden wird.

2.1. Bei der Farbzusammenstellung "magenta/grau" handelt es sich um die Kombination der eher unscheinbaren Farbe grau mit dem auffälligen Farbton magenta, der dem bekannten und intensiven Farbton "pink" sehr nahe kommt und zum Farbspektrum "ROSA" als Oberbegriff gehört.

Ein im Vordergrund stehender Bedeutungsgehalt der Farbzusammenstellung liegt hier nicht in einer bestimmten symbolischen oder sonstigen wesensgemäßen Zuordnung zu den beanspruchten Waren und Dienstleistungen. Speziell Farbtöne, wie magenta, sind vergleichbar dem Rosa traditionsgemäß geschlechterstereotyp feminin zugeordnet und insbesondere auf Frauen als Zielgruppe ausgerichtet (Braem, Die Macht der Farben, München 1998, S 44). Magenta tritt hauptsächlich und sehr häufig in der Modebranche auf, vorzugsweise bei Damenbekleidung, Textilwaren und Accessoires sowie bei Kosmetik- oder Hautpflegeartikeln und ist deshalb für diese Waren auch nicht schutzfähig (BPatG GRUR 1999, 60 – Pink). Hingegen werden in sogenannten männlichen Bereichen, dh Waren und Dienstleistungssegmenten, die überwiegend Männer als Zielgruppe haben, dunklere, gedeckte oder klare Grundfarben, jedenfalls nicht Magenta eingesetzt. Die hier beanspruchten Waren oder Dienstleistungen gehören als sog High-Tech-Produkte und die mit ihnen verbundenen Serviceleistungen überwiegend einem Männer ansprechenden Gebiet an (vgl zur überwiegenden Präsenz von Männern im Internet: [www.perspektive-deutschland.de](http://www.perspektive-deutschland.de) [www.yougov.com](http://www.yougov.com)), für die Grau sich emotional zuordnen lässt und auch in zahlreichen Fällen verwendet wird (Braem, aaO S 173, 178). Bei Spezialgeräten, die nicht im täglichen Umfeld der Verbraucher zum Einsatz kommen wie beispielsweise Messgeräte oä ist, wie die Markenstelle zu Recht festgestellt hat, häufig das für Maschinen oder Geräte typische Grau anzutreffen. Zu ähnlichen Feststellungen war das BPatG bereits in seiner Entscheidung "grünes Prozessorengehäuse" (29 W (pat) 43/98) gekommen. Die Recherche des Senats bestätigt diese allgemeinen Feststellungen. Dementsprechend lässt sich eine Verwendung von "Magenta" regelmäßig nicht für High-Tech-Produkte der Klasse 9 und den damit verbundenen Dienstleistungen belegen. Wie die Beschwerdeführerin

zu Recht vorträgt, ist Magenta für das beanspruchte Waren und Dienstleistungssegment "gegen den Typ" eingesetzt, denn rosa Farbtöne gehören bei Männern zu den unbeliebtesten Farben (Frieling, Gesetz der Farbe, Heidelberg 1968; Heller, Wie Farben wirken, Reinbek, 1989).

- 2.2. Da das Zeichen jedoch in seiner Gesamtheit auf seine Schutzfähigkeit hin zu beurteilen ist, ergibt sich aus diesen Feststellungen für die hier beanspruchte Farbzusammenstellung magenta/grau aus der Tatsache, dass mit der Zusammenfügung zweier Farben, die unterschiedliche Zielgruppen in entgegengesetzter Weise emotional ansprechen, ein Spannungsbogen, der nicht nur weit weg von jedem möglichen Bedeutungsgehalt für die angesprochenen Klassen führt, sondern der eine weit über eine stereotype, symbolhafte, wesenseigene oder übliche auf diesem Sektor hinausgehende Originalität von Hause aus mit sich bringt. Gerade die Verbindung des auf diesem Gebiet üblichen Grau mit dem völlig ungewöhnlichen Magenta stellt die Besonderheit dar, aus der sich die herkunftshinweisende Wirkung ergibt. Der daraus zu ziehende Schluss, dass Magenta/Grau auch bereits aus diesem Grunde nicht als lediglich dekoratives Element vom Verkehr verstanden wird, ist evident.
- 2.3. Im übrigen ist auch nicht zu verkennen, dass im Verkehr bereits eine Gewöhnung eingesetzt hat, auf den hier beanspruchten Waren- und Dienstleistungssegmenten sich an Farben als Herkunftshinweise zu orientieren und sie nicht mehr lediglich als ausschließliche Werbe- oder Dekorationselemente zu verstehen. Dies belegt der Marktauftritt der Wettbewerber der Anmelderin: Arcor (schwarz/rot/blau), eplus (dunkelgrün/hellgrün), Freenet (giftgrün), Talkline (rot), Tiscali (blau/weiß), ViagIntercom (O<sub>2</sub>), (früher gelb/blau, jetzt blau/weiß), Panasonic (lila/grün), Bosch (hellblau/dunkelblau), Siemens mobil (Grüntöne), Nokia (blau/weiß); vodafone (signalrot/weiß). Darüber hinaus kann die Farbzusammenstellung auf diesem Sektor nicht konkret belegt werden. Sie kommt nicht vor bei den unter die beanspruchten

allgemeinen Begriffe fallenden "Multimediageräten" sowie den "Geräten der Unterhaltungsbranche" und den von der Anmelderin genannten "Endgeräten für die Telekommunikation". Einzelne rosafarbige Bedienungselemente auf grauen Geräten geben jedenfalls keinen ausreichenden Anhaltspunkt zur Annahme von Branchenüblichkeit oder von bestimmten Eigenschaftsangaben. Aber auch der sich aus der Recherche des Senats ergebende Trend derartige Geräte, insbesondere Handys, neben den klassischen Farben schwarz, silber, Holzdekor überwiegend in den Farben rot, blau, grün oder gelb – auch gemustert - zu gestalten, rechtfertigt nicht schon die Annahme, dass die begehrte spezielle Farbzusammenstellung etwa eine allgemeine und übliche Produktlinienbezeichnung sei und ihr deshalb die Unterscheidungskraft abzusprechen sei (BGH aaO - violettfarben; Recherche aus den Katalogen von Herstellern wie Sony, Technics, Yamaha, Philipps und Bang und Olufsen oder (Versand-)Händler wie Conrad oder Herweck und anderen verschiedenen Connect-Testkatalogen). Für die beanspruchten Waren der Klasse 9 liegt daher die Annahme fern, der Verkehr werde in der Farbzusammenstellung "Magenta/grau" stets eine bloß dekorative Gestaltung und keinen Herkunftshinweis sehen.

Gleiches gilt für die angemeldeten Dienstleistungen der Klassen 36, 37, 38, 41 und 42. Abgesehen davon, dass Dienstleistungen grundsätzlich ihrem Wesen nach farblich nicht festgelegt sind, konnte die Verwendung der angemeldeten Farbe auch nicht festgestellt werden. Es werden bei den beanspruchten Dienstleistungen, wie bereits ausgeführt, häufig Farben als betriebliche Herkunftshinweise eingesetzt. Hieraus ergibt sich für das Publikum sogar eine gewisse Gewöhnung an abstrakte Farbmarken als markenrechtliche Kennzeichnungsmittel. Magenta/Grau lässt sich auch bei ihnen nicht als Sachaussage verstehen. Die Farbkombination birgt weder Symbol- oder Eigenschaftsaussagen in sich noch dient sie in der Branche nur als allgemeine dekorative Farbverwendung.

Soweit in Klasse 38 Magenta/Grau von der Markenstelle als belegbar angeführt ist, beruht dies erkennbar auf dem zeichenmäßigen Einsatz ausschließlich als Hinweis für und durch die Anmelderin. Ausgenommen davon ist eine mittlerweile untersagte Kampagne eines ihrer Mitbewerber. Hier war die Verwendung der Farbkombination "magenta/grau" in Anzeigen jeweils als beabsichtigter Hinweis auf die Anmelderin eingesetzt worden. Im übrigen verwenden die Wettbewerber der Anmelderin auf dem Telekommunikationssektor ebenfalls Farben: Sie weisen aber jeweils mit den gewählten Farben individuell andere charakteristische Züge auf und haben mit der Farbkombination "magenta/grau" keinerlei Gemeinsamkeiten, die auf eine Üblichkeit hinweisen. Demgemäß kann auch bei den Dienstleistungen der Klasse 38 nicht davon ausgegangen werden, das Publikum werde Magenta/Grau nicht als betrieblichen Herkunftshinweis auffassen.

Gleiches gilt für die nach der Beschränkung in Klasse 16 noch beanspruchten Telefonbücher und sonstigen Verzeichnisse für die Telekommunikation. Auch hier sind Farben zwar eingeführt für die Gestaltung von Einbänden oder Seiten. Es werden teilweise auch kräftige Farben benutzt, wie das überwiegend in Blau gehaltene Branchenfernsprechbuch "Die Münchner" ua zeigt. Magenta/Grau ist jedoch mit Ausnahme der von der Anmelderin selbst herausgegebenen Verzeichnisse nicht nachzuweisen. Es kann somit nicht nur als dekoratives Gestaltungselement angesehen werden.

3. Bei dieser Sachlage liegt für die angemeldete Marke auch nicht das Schutzhindernis des § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG vor. Danach sind solche Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Beschaffenheit, des Wertes oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Bei der Farbkombination "magenta/grau" ist dies wegen des festgestellten fehlenden Sachbezugs nicht der Fall. Deshalb besteht auch weder ein gegenwärtiges Bedürfnis etwaiger Mitbewerber, die Farbe im hier beanspruchten Waren- und Dienstleistungsbereich zu benutzen, noch liegen kon-

krete Anhaltspunkte für eine entsprechende zukünftige Entwicklung vor, aus denen sich ergibt, dass die Farbzusammenstellung in Zukunft geeignet sein könnte, ausschließlich solchen Zwecken zu dienen.

Grabrucker

Richter Baumgärtner befindet sich in Urlaub und ist deshalb verhindert zu unterschreiben.

Pagenberg

Grabrucker

Cl/Fa