

BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 75/02

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
24. Juli 2002

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 398 64 846.8

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 Farbe



soll als "sonstige Markenform" mit dem Zusatz "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 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 nicht unterscheidungskräftig zurückgewiesen mit der Begründung, der Verkehr sehe in Farben allgemein lediglich ein Ausstattungselement und keinen betrieblichen Hinweis.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie trägt vor, die Rechtsauffassung der Markenstelle widerspreche der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur abstrakten Farbmarke. Die angemeldete Farbe 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. In dieser Branche sei die Farbe weder allgemein üblich noch geschmacklich bedingt. Üblicherweise stünden gedeckte Farben als Kennzeichnungsmittel in diesem Dienstleistungssektor im Vordergrund. Gleiches gelte auch für die Dienstleistungen der Klassen 41 und 42. "Magenta" weise von Haus aus Unterscheidungskraft auf, denn die angemeldete Farbkombination werde nicht als gewöhnliche Farbe angesehen, sondern auf die Anmelderin bezogen, die bereits seit dem Jahre 1990 diese Farbe verwende. Daher fehle es auch an einem 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 Farbe "magenta" ist sowohl abstrakt markenfähig gemäß § 3 Abs 1 MarkenG als auch grafisch darstellbar iSv § 8 Abs 1 MarkenG iVm Art 2 MarkenRL (BGH GRUR 1999, 491 - gelb/schwarz; GRUR 1999, 730 - magenta/grau GRUR 2001, 1154 – violettfarben). 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 sieht keine Veranlassung das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH auszusetzen, denn er teilt zum einen schon 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), wie sich aus den Entscheidungsgründen des Parallelverfahrens 29 W (pat) 101/02 ergibt. Zum anderen befasste sich die Vorlage auch mit Fragen einer Farbzusammenstellung, die hier jedoch nicht streitgegenständlich ist. Dieses Verfahren bezieht sich auf die Schutzzfähigkeit einer einzelnen Farbe als abstrakte Farbmarke.
2. Die Farbe "magenta" 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; GRUR 1999, 730 - magenta/grau; BGH GRUR 2001, 1154 - violettfarben). Unterscheidungskraft ist daher auch für das hier streitgegenständliche "Magenta" die dem Zeichen innewohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens gegen-

über 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 nur dann jegliche Unterscheidungskraft abzusprechen, wenn sie – ohne dass sie originell oder eigentümlich sein muss – bezogen auf das beanspruchte Waren- und Dienstleistungssegment keinen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffs- oder Bedeutungsinhalt verkörpert oder wenn sie aus sonstigen Gründen, wozu bloß werbemäßig schmückende oder als rein dekorative Elemente verwendete Farben zählen, nur als solche und nicht als Herkunftshinweis vom Publikum verstanden wird. Magenta hat hier keinen für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen 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.

Bei der Farbe "magenta" handelt es sich um einen Ton, der unter farbpsychologischen Gesichtspunkten zum Spektrum "ROSA" als Oberbegriff gehört und dem ebenfalls sehr intensiven Farbton "pink" sehr nahe kommt. Ein im Vordergrund stehender Bedeutungsgehalt von Magenta liegt hier nicht in einer bestimmten wesensgemäßen, symbolischen oder sonstigen Zuordnung zu den beanspruchten Waren und Dienstleistungen. Für Farben können dabei auch farbpsychologische Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen sein. Spezielle Farbtöne - wie Magenta - sind traditionsgemäß geschlechterstereotyp feminin zugeordnet und insbesondere auf Frauen 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- und 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 www.yougov.com), für die sich die Farbe Grau, Schwarz oder Silber 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. Sie hat ergeben, dass die Farbe magenta eine emotional stereotype Zuordnung zu Waren und Dienstleistungssegmenten hat, die sich als feminin, dh bevorzugt für weibliches Publikum als Ziel-

gruppe bestimmt und von diesem konsumiert, einordnen lässt. Dazu gehören die hier beanspruchten Waren und Dienstleistungen jedoch nicht. Dementsprechend lässt sich die Verwendung von "Magenta" regelmäßig nicht für High-Tech-Produkte wie die in Klasse 9 angemeldeten Waren 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).

Für die hier beanspruchte Farbe "magenta" ergibt sich aus der Tatsache, dass mit ihr eine emotionale gegensätzliche Besetzung ohne traditionelle Verbindung zu den Waren und Dienstleistungen erfolgt, eine Eigenart von Hause aus, die über die stereotype, symbolhafte, wesenseigene oder übliche Zuordnung auf diesem Sektor hinausgeht. Gerade die Verbindung des auf diesem Gebiet unüblichen Magenta mit der Zielgruppe ist eine Besetzung "gegen den Typ" und stellt die Besonderheit dar, aus der sich die herkunftshinweisende Wirkung herleitet. Bereits aus diesem Grund kann Magenta keinen für die Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehenden beschreibenden Bedeutungsinhalt haben oder gar lediglich der dekorativen Ausgestaltung dienen.

Dass im übrigen im Verkehr bereits eine Gewöhnung eingesetzt hat, auf den hier beanspruchten Waren- und Dienstleistungsgebieten sich an Farben als Herkunftshinweise zu orientieren und sie nicht mehr lediglich als ausschließliche Werbe- oder Dekorationselemente zu verstehen, belegt der Marktauftritt der Wettbewerber der Anmelderin: zB Arcor (schwarz/rot/blau), eplus (dunkelgrün/hellgrün), Freenet (giftgrün), Talkline (rot), Tiscali (blau/weiß), ViagIntercom (O₂), (früher gelb/blau, jetzt blau/weiß), Panasonic (lila/grün), Bosch (hellblau/dunkelblau), Siemens mobil (Grüntöne), Nokia (blau/weiß), Vodafone (signalrot/weiß).

Die angemeldete Farbe ist auf diesem Sektor jedoch nicht nachweisbar. Der Senat konnte sie nicht belegen, soweit unter die beanspruchten allgemeinen Begriffe Multimediageräte sowie Geräte der Unterhaltungsbranche und die von der Anmelderin genannten Endgeräte für die Telekommunikation fallen. Einzelne rosafarbige Bedienungselemente auf grauen Geräten geben jedenfalls keinen ausreichenden Anhaltspunkt zur Annahme von Symbolhaftigkeit, Bedeutungsinhalt, Branchenüblichkeit oder von bestimmten Eigenschaftsangaben.

Auch der sich aus der Recherche in den Katalogen von Herstellern wie Sony, Technics, Yamaha, Philipps und Bang und Olufsen oder (Versand-)Händlern wie Conrad oder Herweck und anderen verschiedenen Connect-Testkatalogen 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 Farbe etwa eine allgemeine und übliche Produktlinienbezeichnung sei und es ihr deshalb an Unterscheidungskraft fehle (BGH aaO - violettfarben). Aus der Verwendung einiger einzelner Grundfarben kann nach der Lebenserfahrung keine Verkehrsgewöhnung abgeleitet werden, die es rechtfertigen würde die Unterscheidungskraft einer derartig ungewöhnlichen Farbe zu verneinen.

Dass Magenta oder ihr nahekommende Farbtöne in dekorativer Weise - ohne dass es besonderer Originalität bedürfe – in den beanspruchten Bereichen eingesetzt wird, konnte der Senat ebenfalls nicht feststellen. Für die beanspruchten Waren der Klasse 9 liegt daher die Annahme fern, der Verkehr werde in der Farbe "magenta" 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 nicht festgestellt werden. Wie bereits ausgeführt werden bei

den beanspruchten Dienstleistungen häufig Farben als betriebliche Herkunftshinweise eingesetzt. Hieraus ergibt sich für das Publikum bereits eine gewisse Gewöhnung an abstrakte Farbmarken als markenrechtliche Kennzeichnungsmittel. Magenta lässt sich aber auch bei ihnen nicht als Sachausgabe verstehen. Die Farbe birgt weder Symbol- oder Eigenschaftsaussagen in sich noch dient sie in der Branche nur als allgemeine dekorative Farbverwendung.

Soweit in Klasse 38 Magenta 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 Farbe "magenta" in Anzeigen jeweils als Hinweis auf die Anmelderin eingesetzt worden. Im übrigen verwenden die Wettbewerber der Anmelderin auf dem Telekommunikationssektor ebenfalls Farben: Sie weisen aber jeweils aufgrund der gewählten Farben charakteristische Züge auf und haben mit der Farbe "magenta" keinerlei Gemeinsamkeiten, die auf eine Üblichkeit hinweisen. Demgemäß kann auch bei den Dienstleistungen der Klasse 38 nicht davon ausgegangen werden, das Publikum werde Magenta 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 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 Farbe "magenta" 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 konkrete 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