



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 90/03

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 302 53 370.2

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 10. Dezember 2003 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Grabrucker sowie der Richterin Pagenberg und der Richterin k.A. Fink

beschlossen:

1. Der Beschluss der Markenstelle für Klasse 16 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 19. Februar 2003 wird auf der Grundlage des im Beschwerdeverfahren eingeschränkten Verzeichnisses aufgehoben, soweit die Anmeldung zurückgewiesen wurde für die Waren

„Technische Öle und Fette; Schmiermittel; Schmierstoffe, Schmieröle, Motorenöle, Motorenöle für zwei oder mehr-rädrige Kraftfahrzeuge, Zweiradöle, Kraftstoffe, feste, flüssige und gasförmige Brennstoffe (einschließlich Motorentreibstoffe); nicht chemische Zusätze und Additive für Kraft- und Treibstoffe sowie Heizöl; Öle für technische Zwecke; Benetzungöle, Heizöl“.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Als abstrakte Farbmarke ist die Farbkombination

siehe Abb. 1 am Ende

mit den Farbangaben "grün (Pantone 355), grün (Pantone 368), gelb (Pantone 109C)" für die Waren und Dienstleistungen der

Klasse 16

Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, soweit in Klasse 16 enthalten; Druckereierzeugnisse, Landkarten, Atlanten, Straßenkarten, Stadtpläne, Kalender, Bücher, Broschüren, Magazine, Prospekte, Schriften (Veröffentlichungen); Fotografien, Schreibwaren; Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit in Klasse 16 enthalten;

Klasse 4

Technische Öle und Fette; Schmiermittel; Schmierstoffe, Schmieröle, Motorenöle, Motorenöle für zwei oder mehrradrige Kraftfahrzeuge, Zweiradöle, Kraftstoffe, feste, flüssige und gasförmige Brennstoffe (einschließlich Motorentreibstoffe); nicht chemische Zusätze und Additive für Kraft- und Treibstoffe sowie Heizöl; Öle für technische Zwecke, Benetzungöle, Heizöl;

Klasse 37

Reinigen, Polieren und Pflegen von Fahrzeugen im Rahmen von Waschanlagen für Fahrzeuge

zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden.

Mit Beschluss vom 19. Februar 2003 hat die Markenstelle für Klasse 16 die Anmeldung zurückgewiesen. Sie ließ die Frage der Markenfähigkeit und grafischen Darstellbarkeit dahingestellt, da dem Zeichen jedenfalls die erforderliche Unterscheidungskraft fehle. Die Farbkombination Grün/Grün/Gelb sei auf nahezu allen Waren- und Dienstleistungsgebieten, insbesondere auch im Bereich der Brennstoffe gebräuchlich. Die Verwendung verschiedener Schattierungen einer

Farbe sei ebenfalls üblich. Bei den Waren der Klasse 16 stelle die Farbe darüber hinaus eine wesentliche Eigenschaft dar. Das angesprochene Publikum werde daher in der Farbkombination keinen Herkunftshinweis erkennen.

Dagegen hat die Anmelderin Beschwerde eingelegt. Zur Begründung verweist sie auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs zur Markenfähigkeit sowie zur graphischen Darstellbarkeit von abstrakten Farbmarken. Zur Frage der konkreten Unterscheidungskraft sei kein feststehender Begriffsgehalt für die beanspruchten Farben in Verbindung mit den verfahrensgenständlichen Waren und Dienstleistungen zu belegen. Im Übrigen komme es für die Beurteilung der Unterscheidungskraft wesentlich auf die Branchengewohnheiten an. Im Mineralölbereich würden Farbkombinationen schon lange zur Unterscheidung der Unternehmen voneinander verwendet.

Ein Freihaltebedürfnis bestehe nicht, weil die angemeldete Farbkombination keine Eigenschaften der beanspruchten Waren und Dienstleistungen beschreibe und daher vom Verkehr auch nicht zu deren Bezeichnung benötigt werde. Auch unter Berücksichtigung der Heizölkennzeichnungsverordnung komme ein Freihaltebedürfnis nicht in Betracht, weil die dreifarbige Einfärbung jedenfalls für die in Klasse 4 beanspruchten Waren technisch nicht möglich sei.

Dass der Verkehr die beanspruchte Farbkombination ohne weiteres als Hinweis auf die Anmelderin erkenne, belege auch eine im Jahre 1994 durchgeführte Verkehrsbefragung. Den Befragten sei dabei ein grün-gelbes Farbmuster in Form zweier Farbquadrate vorgelegt worden. 70% aller Befragten und 86% aller Autofahrer hätten in dieser Farbkombination einen Hinweis auf eine bestimmte Mineralölgesellschaft erkannt. Darüber hinaus habe sich ein Zuordnungsgrad für die Anmelderin in Höhe von 58% aller Befragten und 68% aller Autofahrer ergeben. Im Zeitraum von 1994 bis 2001 habe sich der von der Anmelderin erzielte Gesamtumsatz um ca ... EURO und die durchschnittliche Absatzmenge an den Tankstellen der Anmelderin um ... Liter erhöht. Der Absatz von Verga-

ser- und Dieselkraftstoffe an Händler habe sich im Zeitraum von 1995 bis 2001 um insgesamt ... m³ gesteigert.

Hilfsweise schränkt die Anmelderin das Verzeichnis der Waren und Dienstleistungen hinsichtlich der Klasse 16 ein auf die Waren:

Klasse 16:

Druckereierzeugnisse, Bücher, Broschüren, Magazine, Prospekte, Schriften (Veröffentlichungen), sämtliche vorgenannten Waren betreffend den Mineralöl- und Tankstellenbereich; Landkarten, Atlanten, Straßenkarten, Stadtpläne.

In der mündlichen Verhandlung vom 19. November 2003 wurden der Anmelderin vom Senat zahlreiche Belege für die Verwendung der Farbkombination Grün/Grün/Gelb im Bereich der beanspruchten Waren und Dienstleistungen zur Kenntnis gegeben.

Im daraufhin fortgesetzten schriftlichen Verfahren schränkte die Anmelderin mit Schriftsatz vom 8. Dezember 2003 das Verzeichnis weiter ein und zwar hinsichtlich der Klasse 4 auf die Waren:

Klasse 4:

Technische Öle und Fette; Schmiermittel; Schmierstoffe, Schmieröle, Motorenöle, Motorenöle für zwei- oder mehrradrige Kraftfahrzeuge, Zweiradöle, Kraftstoffe, feste Brennstoffe (einschließlich Motorentreibstoffe), ausgenommen Kerzen, flüssige und gasförmige Brennstoffe (einschließlich Motorentreibstoffe); nicht chemische Zusätze und Additive für Kraft- und Treibstoffe sowie Heizöl; Öle für technische Zwecke; Benutzungsöle, Heizöl - *alle vorgenannten Waren hergestellt aus Erdöl, Erdgas oder Mineralkohle*

Des weiteren weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass sie aufgrund der vorgelegten Zahlen die begehrte abstrakte Farbkombination für die Waren der Klasse 4 als gemäß § 8 Abs 3 MarkenG im Verkehr für durchgesetzt hält.

Sie stellt den Antrag,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 16 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 19. Februar 2003 aufzuheben;
hilfsweise Schutz aufgrund § 8 Abs 3 MarkenG für die beanspruchten Waren der Klasse 4 zu gewähren.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache teilweise Erfolg. Nach Auffassung des Senats stehen der Eintragung der angemeldeten abstrakten Farbkombination die Schutzhindernisse des § 8 Abs 2 Nr 1 und 2 MarkenG nicht für die nach der Einschränkung beanspruchten Waren der Klasse 4, jedoch im Hinblick auf die Waren der Klasse 16 und die Dienstleistungen der Klasse 37 entgegen.

1. Die Rechtsfragen, die sich zur Schutzfähigkeit konturunbestimmter Farbmarken seit Inkrafttreten des neuen Markengesetzes 1995 erhoben hatten, sind nach Auffassung des Senats geklärt soweit es um deren grundsätzliche Markenfähigkeit u.a. auch im Zusammenhang mit der graphischen Darstellbarkeit ging (vgl BGH GRUR 1999, 491 - Farbmarke gelb/schwarz; GRUR 1999, 730 - Farbmarke magenta/grau; GRUR 2001, 1154 - Farbmarke violettfarben; MittPA 2002, 183 - Farbmarke gelb/grün; zuletzt WRP 2004, 227, 232 - Farbmarkenverletzung I und II; EuGH GRUR 2003, 604 Rdn 2 - 42 - Libertel - Farbe Orange).

1.1. Demnach kann davon ausgegangen werden, dass eine Farbe als solche, wenn sie auch für gewöhnlich vom Publikum als eine bloße Eigenschaft von Ge-

genständen gehalten wird, im Einzelfall von Haus aus unter Beachtung des Zusammenhangs, in dem sie verwendet wird, eine Marke sein kann. Zumeist wird sie jedoch eher in Bezug auf eine konkrete Ware oder Dienstleistung als ein durchgesetztes Zeichen iSv § 8 Abs 3 MarkenG in Frage kommen. Ausgehend von der Feststellung, dass Farben von Natur aus nicht zur Übermittlung eindeutiger Informationen und daher auch nicht für eine Verwendung als Marke geeignet seien, weist der Europäische Gerichtshof aber dennoch ausdrücklich darauf hin, dass es Situationen geben könnte, in denen Farben als solche auf die Herkunft der Waren oder der Dienstleistungen eines Unternehmens hinzuweisen geeignet seien (vgl. EuGH aaO - Libertel, Rdn 21 - 43). Darüber hinaus sei die nach Art 2 der MarkenRL erforderliche graphische Darstellbarkeit zu bejahen, wenn das Zeichen klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv die Marke wiedergebe. Diesen Ansprüchen genüge eine konturunbestimmte Farbmarke, wenn eine sprachliche Beschreibung der Farbe erfolge, so zB mit Angaben aus einem international anerkannten Kennzeichnungscode (vgl. EuGH aaO - Libertel, Rdn 27 bis 29, 34 bis 37). Damit bestätigte der Europäische Gerichtshof dem Grundsatz nach die Schutzfähigkeit abstrakter Farbmarken.

1.2. In seinen grundsätzlichen Vorbemerkungen und ebenso in Rdn 54 - 56 spricht der Europäische Gerichtshof auch von Farben allgemein, unterscheidet also nicht zwischen einer einzelnen und mehreren Farben. Die Verwendung des Plurals findet sich entsprechend auch in der englischen und der französischen Fassung der Entscheidung: „It must therefore be accepted that colours *per se* may be capable of distinguishing the goods and services of one undertaking from those of other undertakings, within the meaning of Article 2 of the Directive; Il convient donc d'admettre que les couleurs en elles-mêmes peuvent être propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises, au sens de l'article 2 de la directive.“ (vgl. <http://europa.eu.int/cj/de/content/juris/index.htm> zum Aktenzeichen C-104/01, jeweils Rdn 41 aE). Nach Auffassung des Senats sind daher die Feststellungen in der Entscheidung zur Farbe Orange unmittelbar auch

auf solche Zeichen anwendbar, die sich wie im vorliegenden Fall aus drei Farben zusammensetzen.

1.3. Nach den genannten Grundsätzen ist die Markenfähigkeit der angemeldeten Farbkombination zu bejahen. Sie erfüllt zum einen die Anforderungen an ihre grafische Darstellbarkeit, indem sie sowohl sprachlich als auch mit den zugehörigen RAL-Nummern beschrieben und mit Farbmustern dargestellt ist (§ 3 Abs 1 MarkenG).

2.1. Zum anderen liegen bei ihr für die Frage, ob eine Farbkombination im Übrigen die Eignung als betrieblicher Herkunftshinweis besitzt, die vom Europäischen Gerichtshof angesprochenen maßgeblichen Umstände des Einzelfalls vor und zwar auch unter Berücksichtigung des Allgemeininteresses. Der Europäische Gerichtshof wies auf außergewöhnliche Umstände hin, die sich aus einer sehr beschränkten Anzahl der beanspruchten Waren und Dienstleistungen ergeben können sowie aus den Besonderheiten eines sehr spezifischen Marktes. Nur wenn es sich um eine Vielzahl von Waren und Dienstleistungen handele, solle die Verfügbarkeit von Farben im Interesse anderer Wirtschaftsteilnehmer an ihrer Verwendung nicht ungerechtfertigt beschränkt werden. Ein Zeichen sei nämlich im Lichte des in den Vorschriften des Art 2 und 3 MarkenRL zum Ausdruck kommenden Allgemeininteresses an seiner freien Verwendung als beschreibende Angabe zu interpretieren (vgl. EuGH aaO - Libertel, Rdn 51 ff, 60, 66; GRUR 2002, 804 - Philips, Rdn 77 ff). Da die Zahl der tatsächlich als potentielle Marken zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen verfügbaren unterschiedlichen Farben als gering anzusehen ist und sich eine Monopolisierung daher umso eher verbietet, je größer die Zahl der Waren oder Dienstleistungen ist, für die die Eintragung beantragt wurde, ist daher eine besonders sorgfältige Betrachtung des Einzelfalls geboten. Zusätzlich kann nach der Lebenserfahrung der Schluss gezogen werden, dass die Verbraucher nicht gewöhnt sind, aus der Farbe von Waren oder ihrer Verpackung ohne weitere typische Markenelemente nach den derzeitigen Gepflogenheiten des Handels diese als Mittel der Herkunftsidentifikation zu

sehen, es sei denn es handelt sich um ein spezifisches und eng begrenztes Warengebiet (vgl. EuGH aaO - Libertel, Rdn 65 f; EuG MarkenR 2003, 162 - Kühlergrill; BGH GRUR 2001, 56 - Likörflasche; GRUR 2002, 171 - Marlboro-Dach; WRP 2003, 521; BGHZ 153, 131 - Abschlussstück).

2.2. Solche Umstände sind hier jedenfalls für die nunmehr beanspruchten Waren der Klasse 4 gegeben. Bei diesen wenigen und sich gegenseitig ergänzenden sowie aus demselben Grundstoff hergestellten Waren handelt es sich um eine spezifische und eingrenzbare Warengruppe, die weder als solche an farblichen Auftritt gebunden ist, noch sich in eine große Anzahl unterschiedlichster Waren diversifizieren lässt. Darüber hinaus ist auch nicht die übergebührende Einschränkung der Wettbewerber zu befürchten. Denn der betroffene Markt übt bereits die Farbverteilung unter den Konkurrenten und diese treten nebeneinander in ihren jeweiligen Hausfarben auf, die bislang zu keinen Überschneidungen führten (vgl. EuGH aaO - Libertel, Rdn 69). Daher ist in dieser Branche das Publikum auch an Farbkombinationen als Kennzeichen gewöhnt. So weist der Marktauftritt der verschiedenen Mineralölhersteller traditionell bestimmte Farbverteilungen von Mehrfarbentkombinationen auf, zB Gelb/Rot bei Shell, Blau/Weiß bei Aral, Blau/Rot bei Esso, Blau/Gelb bei Jet, Gelb/Schwarz bei Agip, Blau/Grün bei OMV, Schwarz/Silber/Rot bei DEA. Dementsprechend ist der Ausdruck „Mineralölfarben“ auch bei Tankstellenzubehör als Hinweis auf die Farben des jeweiligen Mineralölunternehmens gebräuchlich, so zB: www.ewa-sb-geraete.de/cleanfix.html - „Reinigungstücherautomat - Lieferung in allen Mineralölfarben oder auch Sonderdesign“; www.aquatec-celle.de/tankstellenausruistung/saugen.html - „SB-Saugstationen - Natürlich in allen Mineralölfarben lieferbar“; www.depner-reinigungstechnik.de/htmls/Experte.html - „SB Saug-Stationen - in allen Mineralölfarben lieferbar“. Ebenso finden sich in der Berichterstattung über das Tankstellengewerbe Formulierungen, die den kennzeichnenden Charakter von Farben in diesem Bereich zum Ausdruck bringen, wie zB „... die Behörde befasse sich mit der „abwärts drehenden Preisspirale“ an den Tankstellen der großen Farbenfirmen DEA, Aral, Shell, Esso und BP. ... Die Wettbewerbshüter hatten ... den Farbgesell-

schaften am 13. April Auskunftersuchen zugeschickt.“ (vgl SZ vom 13./14. Mai 2000, S 25 – „Kartellamt will Ölkonzerne abmahnen“); „Im Unterschied zu den anderen „großen Farben“ fördert die „blaue“ Aral nicht selbst Öl und produziert auch keine Treibstoffe“ (vgl LZ-Journal Nr 23 vom 11. Juni 1999, 44). Die Rechtsprechung geht bereits seit einer Entscheidung aus dem Jahr 1932 davon aus, dass die großen „Brennstoffkonzerne“ zur Kennzeichnung ihrer Waren Farben benutzen (vgl BGH GRUR 1933, 39 – zum Ausstattungsschutz der Farbenverbindung Gelb-Rot für Tankstellen). Auch in der markenrechtlichen Literatur wird die Mineralölbranche als typisches Beispiel für die kennzeichnende Verwendung von Farbkombinationen aufgeführt (vgl Beier GRUR 1980, 600, 603; Berlit, Das neue Markenrecht, 4. Aufl 2000, S 10, Rdn 7; Caldarola, Diss: Farbenschutz in Deutschland, den Vereinigten Staaten und Japan, 2001, S 52; Grabrucker GRUR 1999, 850, 852; WRP 2000, 1331, 1337; Jordan in FS für Tilmann, 2003, 347, 357). Dies wird ua damit begründet, dass bei Waren und Dienstleistungen, die - wie im Fall von Mineralöl - für den Abnehmer optisch nicht wahrnehmbar oder farblos sind, ein Bedürfnis der Unternehmen bestehe, ihr Produkt durch die herkunftshinweisende Verwendung von Farben für den Abnehmer zu veranschaulichen (vgl Caldarola aaO, S 51).

Für die Unterscheidungseignung von Farben im Allgemeinen hinsichtlich der in Klasse 4 beanspruchten Waren spricht im Übrigen auch die von der Anmelderin vorgelegte Verkehrbefragung aus dem Jahr 1994. Bereits 70% der 16- bis 69-jährigen und 81% aller Autofahrer hatten bei Vorlage einer Karte mit jeweils einem grünen und einem gelben Rechteck auf die Frage: „Weist diese grün-gelbe Farbkombination auf eine ganz bestimmte Mineralölgesellschaft hin?“ mit „Ja“ geantwortet. Für die Mineralölbranche ist daher davon auszugehen, dass der Verkehr daran gewöhnt ist, eine abstrakte Farbkombination als Unternehmenskennzeichen wahrzunehmen.

3. Des weiteren ist die konkrete Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG der angemeldeten Farbkombination auch im Hinblick auf die nunmehr noch beanspruchten Waren der Klasse 4 gegeben.

Unterscheidungskraft einer Marke bedeutet die ihr innewohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Denn Hauptfunktion der Marke ist es, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (stRspr, vgl BGH GRUR 2003, 1054 WRP 2003, 1429 - Cityservice). Hierbei ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen. Jede noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um das Schutzhindernis zu überwinden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der angesprochene Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, und es keiner analysierenden Betrachtungsweise unterzieht. Diese Grundsätze gelten unterschiedslos für alle Markenformen (vgl BGH GRUR 2001, 1154 – Farbmarke violettfarben).

3.1. Dreifarbige Farbkombinationen können grundsätzlich unterscheidungskräftig sein. Zwar hat sich die Rechtsprechung bisher überwiegend mit der Schutzfähigkeit einzelner Farben (vgl EuGH GRUR 2003, 604 Rdn 2 - 42 - Libertel; BGH GRUR 2001, 1154 - Farbmarke violettfarben) oder zweifarbiger Farbzusammenstellungen befasst (vgl EuG GRUR Int 2003, 59 - Grau und Grün; GRUR Int 2003, 836 - Farbkombination Orange - Grau; BGH GRUR 1999, 491 - Farbmarke gelb/schwarz; GRUR 1999, 730 - Farbmarke magenta/grau; MittPA 2002, 183 - Farbmarke gelb/grün). Bei einer Kombination mehrerer Farben ist außerdem zu berücksichtigen, dass sich dem angesprochenen Publikum bei der Wahrnehmung des Zeichens im Gesamteindruck nur eine begrenzte Anzahl von Farben einprägen wird. Dies entspricht den zu Werbeslogans aufgestellten Grundsätzen, wonach längeren Wortfolgen in der Regel als nicht unterscheidungskräftig angesehen werden. (vgl BGH GRUR 2001, 1047 - LOCAL PRESENCE, GLOBAL POWER mwN). Auch hier wird offenbar angenommen, dass die Anzahl von Wörtern, die sich der angesprochene Verbraucher als Kennzeichen einprägen kann, nicht unbegrenzt ist. Unter Berücksichtigung dieser Überlegungen geht der Senat davon aus, dass eine Kombination aus drei Farben noch nicht die Wahrnehmungsfähigkeit der Verkehrskreise überschreitet und daher grundsätzlich als Un-

terscheidungsmitel wahrgenommen werden kann. Dafür spricht ua die farbliche Gestaltung vieler Staatsflaggen, die drei Farben aufweisen (vgl zB Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Vereinigtes Königreich, Italien, Vereinigte Staaten von Amerika).

3.2. Daraus ergibt sich im vorliegenden Fall für die Beurteilung der konkreten Unterscheidungskraft Folgendes: Die nach Einschränkung des Verzeichnisses beanspruchten Waren der Klasse 4 richten sich in erster Linie an alle Kraftfahrer und Abnehmer von Heizöl, d.h. es ist von einem normal informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher innerhalb eines sehr breiten Publikums auszugehen (vgl EuGH GRUR Int 1999, 734 - Lloyd, Rdn 26; BGH Urteil vom 30. Oktober 2003 - Davidoff II).

3.3. Eine inhaltliche oder symbolische Bedeutung ist für die angemeldete Farbkombination bis auf den deutschen Ausdruck „sich grün und gelb ärgern“ lexikalisch nicht belegt (vgl PONS, Wörterbuch der deutschen Umgangssprache, 1997). Dass sich hieraus für die beanspruchten Waren kein beschreibender Aussagegehalt ergibt, ist offensichtlich. Gleiches gilt für die Bedeutung der jeweiligen Einzelfarbe Grün bzw. Gelb in Verbindung mit Begriffen wie „Saures“ und „Neid“ (vgl Heller, Wie Farben wirken, 2002). Ebenso wenig besteht eine Verbindung zwischen der grün-grün-gelben Farbkombination und dem Wesen der beanspruchten Waren. Rohöl und Rohölerzeugnisse sind von Natur aus gelb-braun bis schwarz, Mineralöl ist meist schwarz-bläulich, Heizöl hat grundsätzlich eine gelb-braune Farbe, die je nach Qualität heller oder dunkler sein kann. Eine mehrfarbige Einfärbung ist zumindest bei den beantragten Flüssigkeiten auch technisch nicht möglich. Für die Kennzeichnung des sogenannten leichten Heizöls sind nach dem Mineralölsteuergesetz Rotfarbstoffe vorgeschrieben (vgl <http://zoll-d.de>; § 3 Abs 2 S 2 MinöStG). Auch der Begriff „grüner Diesel“ hat nichts mit dem Wesen der beanspruchten Waren zu tun. Er wird überwiegend als Hinweis auf die steuerliche Befreiung landwirtschaftlicher Dieselfahrzeuge verwendet, die zur entsprechenden Kennzeichnung grüne Nummernschilder erhalten. Die Farbe Grün beschreibt in

diesem Zusammenhang nur die steuerbegünstigte Verwendung in der Landwirtschaft und nicht die Farbe der Ware. Gleiches gilt hinsichtlich der steuerbegünstigten Mischkraftstoffe, die geringe Mengen von Biokraftstoffen als Beimischung enthalten.

3.4. Die Farben Grün bzw Gelb oder ihre Kombination spielen in dem beanspruchten Warengbiet jedoch insoweit eine Rolle, wie sich aus der vom Senat durchgeführten Recherche und unter Berücksichtigung der von der Anmelderin vorgelegten Unterlagen ergibt, dass die begehrte Farbkombination bei Kraft- und Treibstoffen im Zusammenhang mit Biodiesel gebräuchlich ist, der ausschließlich aus Rapsöl gewonnen wird. Auch die Begriffe „grünes Benzin, grüner Kraftstoff“ sind üblich zur Bezeichnung von ausschließlich aus Biomasse oder anderen regenerativen Energien gewonnenen Treibstoffen (vgl www.freesen.de - „Grüner Kraftstoff aus dem Meer- Wasserstoff-Tankstelle und Offshore-Windparks“; www.stockpixx.de „...auf dem Gebiet alternative Energietechnologien entwickelte das Unternehmen eine neuartige Kohlen-Wasserstoff-Technologie, mit der ein ... „grüner Kraftstoff“ gewonnen wird“; www.farmatic.de - „Grüner Treibstoff aus Biogas“; <http://www.ufop.de/> - „Rapsöl gewinnt als „grüner“ Treibstoff zunehmend an Bedeutung“; Greenpeace, Mineralölkonzerne und Klimazerstörung, S 31 - „... die Methanolherstellung in großem Umfang aus Biomasse (‘‘Grünes‘‘ Benzin)...‘‘). Anbieter von Biodiesel verwenden die beiden Farben auch für ihren Marktauftritt (zB „Biodiesel - Pflanzenkraftstoff von Hessens Bauern“; HeiPro Ökologisch & ökonomische Produkte - www.heipro.de; Biodieservertrieb Kohlhammer - www.biodieservertrieb.at). Weiterhin werden die Farben Grün und Gelb nicht nur in Form von farbigen Firmenkennzeichen, sondern auch als Hintergrundfarbe (vgl zB den grün-gelb gestreiften Hintergrund bei www.biodiesel.de - Tankstellen in Ihrer Region) oder zur farblichen Gestaltung des Internetauftritts im Zusammenhang mit Biodiesel verwendet (vgl zB www.uni-kassel.de zum Stichwort Agrartechnik/Biodiesel; Fachagentur Nachwachsender Rohstoffe e.V. - www.fnr.de; www.kvg-schleswig.de; www.bio-oelwerk-md.de). Die Farben Grün und Gelb werden dabei zwar häufig in Verbindung mit weiteren Farben, insbesondere Weiß,

Schwarz, Blau und Rot verwendet. Im Gesamteindruck überwiegen aber Grün und Gelb, was durch die begriffliche Assoziation, nämlich Gelb als die Farbe der Rapsblüte und Grün als die Farbe für die Natur und im übertragenen Sinne für Umweltfreundlichkeit verstärkt wird. Auch bei den technischen Ölen und Fetten sind die Farben Grün und Gelb im Zusammenhang mit umweltschonenden Produkten, biogenen Schmierstoffen und vegetabilischen Ölen gebräuchlich (vgl zB www.cargill.de - Technische Öle; www.fnr.de - Biogene Schmierstoffe).

3.5. Angesichts der genannten Verwendungen ist daher davon auszugehen, dass der Verkehr die beanspruchte Farbkombination in Verbindung mit den Waren der Klasse 4 als Hinweis auf deren Art und Beschaffenheit dahingehend versteht, dass sie ausschließlich aus Biomasse oder pflanzlichen Rohstoffen gewonnen sind oder Biokraftstoffe als Beimischung enthalten. Zwar finden sich daneben auch zahlreiche Anbieter von Biodiesel sowie technischen Ölen und Fetten, die nicht die Farben Grün und Gelb verwenden. Für die Annahme eines beschreibenden Bedeutungsgehalt muss es aber auch bei einer abstrakten Farbkombination genügen, wenn zumindest eine der möglichen Bedeutungen ein Merkmal der beanspruchten Waren und Dienstleistungen bezeichnet (vgl EuGH MarkenR 2003, 450 - Doublemint).

3.6. Da jedoch die nach der Einschränkung des Warenverzeichnisses noch beanspruchten Waren der Klasse 4 ausschließlich aus Erdöl, Erdgas oder Mineralkohle hergestellt sind, die als nicht regenerierbar gelten, weist die beanspruchte Farbkombination für sie keinen im Vordergrund stehenden Bedeutungsgehalt als aus Biomasse gewonnen auf. Dies gilt jedoch schon dann nicht mehr, wenn die fossilen Kraft- und Brennstoffe mit biologisch gewonnenen Kraft- und Brennstoffen vermischt sind. Insoweit hat die Beschwerdeführerin keinen Markenschutz und wird daraus keine Verletzung ihres Schutzrechts geltend machen können. Der Senat hat zur Frage der Abgrenzung von fossilen Brennstoffen einerseits und sog „Bio-Ölen“ und „Bio-Treibstoffen“ andererseits mit Einverständnis der Beschwerdeführerin einen technischen Richter aus dem zuständigen technischen Be-

schwerdesenat als Sachverständigen hinzugezogen. Danach ist die Verwendung von Begriffen wie „regenerativ, biogen, nachwachsend“ im Zusammenhang mit technischen Ölen, Schmier- und Treibstoffen aus fachlicher Sicht zwar unpräzise, weil auch die fossilen Brennstoffe ursprünglich aus pflanzlichen und damit nachwachsenden Stoffen entstanden sind. Im Fachsprachgebrauch, soweit er sich an den Endverbraucher richtet, sind aber die Begriffe „Biomasse“ und „nachwachsende Rohstoffe“ allein als Hinweis auf kurzfristig nachwachsende pflanzliche Rohstoffe üblich geworden in Abgrenzung zu Erzeugnissen, die aus nur begrenzt verfügbaren, vor Millionen von Jahren entstandenen Rohstoffen, wie dies Mineralöl, Erdgas und Mineralkohle sind, gewonnen werden. Dieses Verkehrsverständnis belegen auch die im Rahmen der Recherche ermittelten Unterlagen. So finden sich Erläuterungen wie zB „Ackergold. Die Idee von Treibstoff aus nachwachsenden Rohstoffen ist also nicht neu. Seit gut 30 Jahren stellt sich zudem die Erkenntnis, dass herkömmliche Energien in absehbarer Zeit zu Ende gehen werden“ (vgl www.truckmagazin.de); „Erstmals wird die Gewinnung von Biogas in Erdgasqualität großtechnisch realisiert“ (vgl www.farmartic.de); „Treib- und Schmierstoffe aus nachwachsenden Rohstoffen sind nicht nur schnell biologisch abbaubar..., sondern bieten auch qualitative Vorteile. Technisch sind sie Mineralölprodukten ebenbürtig und...“ www.fnr-server.de; „Immer mehr Anwender verlangen heutzutage technische Öle, die eine umweltfreundliche Alternative zu herkömmlichen, auf Mineralöl basierenden Erzeugnissen bieten“ (www.tkm-oele.de). Daher wird der Verkehr in der angemeldeten Farbkombination, weil sie für die beanspruchten Waren als Sachangabe ungeeignet ist, einen betrieblichen Herkunftshinweis sehen.

4. Für die Verneinung des Freihaltungsbedürfnisses gem. § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG gilt Gleiches.

5. Das Zeichen ist für die nach der Einschränkung noch verbleibenden Waren auch nicht gem § 8 Abs 2 Nr 4 MarkenG vom Schutz ausgeschlossen, denn es geht von ihm keine relevante Täuschungsgefahr aus. Diese bemisst sich nach der

Auffassung der beteiligten Verkehrskreise, hier in erster Linie der Kraftfahrer und der Abnehmer von Heizöl, und setzt neben der Unrichtigkeit einer Angabe in der Marke zusätzlich deren Eignung voraus, einen nicht unerheblichen Teil des angesprochenen Publikum in seinen Kaufentscheidungen positiv zu beeinflussen (vgl Ströbele/Hacker, MarkenG 7. Aufl 2003, § 8 Rdn 558). Der Hinweis auf Kraft- und Brennstoffe sowie technische Öle aus pflanzlichen Rohstoffen ist aber nach Auffassung des Senats für die Mehrheit der angesprochenen Verbraucher keine den Kaufentschluss mitentscheidende Angabe. Aus den Rechercheunterlagen geht hervor, dass die Verwendung biologischer Kraft- und Brennstoffe regelmäßig technische Änderungen am Kraftfahrzeug oder an der Heizungsanlage erfordert, sich daher an eine besonders gut informierte und an ökologischen Zusammenhängen besonders interessierte Gruppe von Verbrauchern richtet und an besonderen Tankstellen vertrieben wird. Da die Herstellung aus Biomasse für die Mehrheit des angesprochenen Verkehrs bei Kraft- und Brennstoffen jedoch keine Rolle spielt, ist nicht davon auszugehen, dass die angemeldete Farbkombination irrtümlich als Hinweis auf Erzeugnisse aus nachwachsenden Rohstoffen verstanden wird.

6. Auf die Frage, ob die angemeldete Farbkombination sich darüber hinaus für die Waren der Klasse 4 gemäß § 8 Abs 3 MarkenG im Verkehr durchgesetzt hat, kam es bei dieser Sachlage nicht mehr an. Insofern sind die angegebenen Umsatzzahlen sowie die Befragung von 1994 unbehelflich.

7. Anders ist die Ausgangslage für den Senat jedoch im Hinblick auf die Waren und Dienstleistungen der Klassen 16 und 37. Zum einen ist in diesem Marktsegment schon keine Branchenübung feststellbar, dass Farben als Herkunftshinweis eingesetzt werden und daher für das Publikum eine Aufnahme als Marke nahe liegt. Zum anderen sieht der Senat angesichts der Vielzahl der Farben in diesem Bereich deren besondere Bedeutung als dekorative und schmückende Elemente. Damit steht die dekorative Funktion der Farben im Vordergrund. Der vom Europäischen Gerichtshof ausgedrückte Grundsatz (siehe oben 2.1.) kommt insoweit zur

Geltung. Der Verbraucher, wobei auch hier das allgemeine verständige und aufgeklärte Publikum angesprochen ist, wird bei Farbkombinationen grundsätzlich nicht von deren Eigenschaft als betrieblichem Herkunftshinweis ausgehen. Dementsprechend kann hier von einem Schutz nur im Wege der Verkehrsdurchsetzung ausgegangen werden. Dahingehende Glaubhaftmachungsmittel wurden nicht vorgelegt und entsprechende Anträge von der Anmelderin auch nicht gestellt.

7.1. Bei den Waren „Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, soweit in Klasse 16 enthalten; Druckereierzeugnisse, Landkarten, Atlanten, Straßenkarten, Stadtpläne, Kalender, Bücher, Broschüren, Magazine, Prospekte, Schriften (Veröffentlichungen), Fotografien; Schreibwaren; Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit in Klasse 16 enthalten“ werden Farben, darunter auch verschiedene Grüntöne und Gelb, in einer unübersehbaren Vielfalt zur bloßen grafischen Gestaltung dieser Waren verwendet, so dass der Verkehr stets nur die Farben als solche und keinen Herkunftshinweis erkennt. Bei den kartografischen Druckereierzeugnissen ist außerdem zu berücksichtigen, dass Grün und Gelb einen klaren Bedeutungsgehalt haben, denn Grün zeigt in unterschiedlichen Schattierungen jeweils Grünflächen, Wald- und Naturschutzgebiete sowie landschaftlich schöne Strecken an. Gelb ist in der Regel die Farbe zur Angabe von Ortschaften und Verbindungsstraßen. Beide Farben stehen häufig in sehr engem räumlichen Zusammenhang, so dass sie in ihrer Wirkung der begehrten abstrakten Farbkombination gleich kommen. Sie ist daher für die allgemeine Verwendung freizuhalten.

Die hilfsweise erklärte Einschränkung des Warenverzeichnisses führt insoweit zu keinem anderen Ergebnis, da für Druckereierzeugnisse mit thematischem Bezug zum Mineralöl- und Tankstellenbereich Gleiches gilt.

7.2. Für die Dienstleistungen „Reinigen, Polieren und Pflegen von Fahrzeugen im Rahmen von Waschanlagen“ gilt hinsichtlich der abstrakten Markenfähigkeit Glei-

ches wie oben ausgeführt. Darüber hinaus hat die vom Senat durchgeführte Recherche zwar ergeben, dass sich den verschiedenen Farbtönen von Grün sowie der Farbe Gelb in diesem Bereich keine beschreibende Bedeutung zuordnen lässt. Denn sofern bei Waschanlagen ökologische Gesichtspunkte im Sinne einer „grünen“ Waschanlage eine Rolle spielen, geht es dabei um eine Reduzierung des Wasserverbrauchs durch eine entsprechende Wiederaufbereitung des Waschwassers. Insoweit sind daher wegen des beschreibenden Anklangs an Wasser und Sauberkeit die Farben Blau und Weiß vorherrschend. Aber Waschanlagen werden in einer Vielzahl beliebiger Farbkombinationen angeboten und anders als im Bereich des oben angesprochenen Tankstellenzubehörs ist der Ausdruck „Mineralölfarben“ als Hinweis auf kennzeichnende Farbkombinationen offenkundig nicht üblich (vgl zB die Abbildungen bei www.carwashinfo.de; www.waschanlagenservice.de; www.calklein.de - „Die SoftCare Pro von WashTec gibt es in vielen Design-Varianten. Wählen Sie daraus Ihr Wunschportal - passend zu Ihrem individuellen Image“). Für diese Dienstleistungen lässt sich eine Gewöhnung des Verkehrs an die kennzeichnende Verwendung von Farben daher nicht feststellen. Farben kommt hierfür bislang lediglich eine ornamentale oder schmückende Funktion zu, und sie sind im Lichte der Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs zu Libertel (aaO - Libertel, Rdn 60) insoweit freizuhalten.

Grabrucker

Pagenberg

Fink

CI

Abb. 1

