

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen:	29 W (pat) 57/07
Entscheidungsdatum:	5. Dezember 2007
Rechtsbeschwerde zugelassen:	nein
Normen:	§ 8 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 MarkenG

Farbmarke Rot

Wird eine abstrakte Farbe in Verbindung mit den beanspruchten Waren über einen längeren Zeitraum in der Weise verwendet, dass zwischen Farbe und Ware einerseits und Farbe und Hersteller andererseits ein wechselseitiger Bezug hergestellt wird, ist davon auszugehen, dass der angesprochene Verkehr sich daran gewöhnt hat, die Farbe nicht als reine Warenfarbe, sondern als betrieblichen Herkunftshinweis wahrzunehmen.



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 57/07

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 306 31 881.4

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 5. Dezember 2007 durch die Vorsitzende Richterin Grabrucker, die Richterin Fink und den Richter am Oberlandesgericht Kärcher

beschlossen:

Die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 16 vom 4. Januar 2007 und 28. März 2007 werden aufgehoben.

Gründe

I.

Angemeldet als sonstige Markenform ist die Farbe Rot mit der Farbklassifikationsnummer Pantone Red 032 C für die Waren

Bücher, nämlich Textausgaben von Gesetzen.

Die Markenstelle für Klasse 16 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung mit zwei Beschlüssen vom 4. Januar und 28. März 2007 als nicht unterscheidungskräftig zurückgewiesen. Einer abstrakten Farbmarke könne nur unter außergewöhnlichen Umständen originäre Unterscheidungskraft zukommen, die sich jedoch im vorliegenden Verfahren nicht feststellen ließen. In Deutschland gebe es allein auf Bundesebene über 5.000 Gesetze und Rechtsverordnungen und über 5.000 Verlage, von denen viele Textausgaben von Gesetzestexten herausgeben. Da die Farbe Rot als Einbandfarbe nicht nur von der Anmelderin, sondern auch von anderen Verlagen verwendet werde, sei nicht davon auszugehen, dass das angesprochene Publikum in der angemeldeten Marke einen betrieblichen Herkunftshinweis erkenne. Für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung fehle es an hinreichenden Anhaltspunkten, zumal die Anmelderin für ihre Gesetzessammlungen unterschiedliche Rottöne verwende.

Die Anmelderin hat Beschwerde eingelegt. Nach ihrer Auffassung genügt die Anmeldung den vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft aufgestellten Krite-

rien an die Unterscheidungskraft einer abstrakten Farbmarke. Gesetzestextsammlungen würden in Deutschland nur von wenigen Verlagen herausgegeben und richteten sich vorrangig an den juristischen Fachverkehr. Damit beanspruche die Marke Schutz für einen eng begrenzten Warenbereich innerhalb eines sehr spezifischen Marktsegments.

Hilfsweise macht die Anmelderin die Verkehrsdurchsetzung geltend. Bei Textsammlungen von Gesetzen handle es sich um ein eng begrenztes Warengbiet, auf dem sie die Farbe Rot zur Kennzeichnung von Loseblatttextsammlungen seit dem Jahr 1935 verwende und auch intensiv bewerbe. Laut einer Nachfrage bei einer führenden deutschen Fachbuchhandlung erreiche sie bei den von ihr herausgegebenen Loseblatttextausgaben einen Marktanteil von über 90 %. Zum Nachweis der kontinuierlichen Verwendung der Farbe Rot für Loseblattausgaben hat sie für den Zeitraum von 1950 bis 2007 verschiedene Werbeprospekte und -anzeigen vorgelegt, nämlich



nisch durchgeführte Meinungsumfrage. Danach hätten 85 % der Befragten die Farbe Rot in Verbindung mit Gesetzestextsammlungen als Unternehmenshinweis angesehen und 83 % spontan das Unternehmen der Anmelderin benannt.

Im Laufe des Beschwerdeverfahrens hat die Anmelderin das Verzeichnis eingeschränkt auf „Loseblatttextausgaben von Gesetzen“.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben.

II.

Die nach § 66 Abs. 1 und 2 MarkenG zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Für die nach der Einschränkung des Verzeichnisses beanspruchten „Loseblatttextausgaben von Gesetzen“ hat sich die angemeldete Farbe auf Grund ihrer Benutzung im Verkehr durchgesetzt (§ 8 Abs. 3 MarkenG).

1. Die angemeldete Farbmarke ist mangels Unterscheidungskraft von Haus aus nicht schutzfähig (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

1.1. Unterscheidungskraft im Sinne der genannten Vorschrift ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Sie entspricht der Hauptfunktion der Marke, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten. Die Beurteilung der Unterscheidungskraft hat sich daher einerseits an den beanspruchten Waren und Dienstleistungen und andererseits an der Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise zu orientieren (vgl. EuGH GRUR 2006, 229, Rn. 27 f. - BioID; GRUR 2004, 674, Rn. 34 - POST-

KANTOOR; BGH GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard; GRUR 2006, 850, Rn. 18 - FUSSBALL WM 2006). Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft einer abstrakten Farbmarke ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass das angesprochene Publikum nicht daran gewöhnt ist, allein aus der Farbe von Waren oder ihrer Verpackung auf die Herkunft der Waren zu schließen, da eine abstrakte Farbe im Handel grundsätzlich nicht als Mittel der Identifizierung verwendet wird. Nur unter außergewöhnlichen Umständen kann ihr daher Unterscheidungskraft zukommen, etwa wenn die Zahl der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen sehr beschränkt und der maßgebliche Markt sehr spezifisch ist (vgl. EuGH GRUR 2003, 604, Rn. 65 f. - Libertel).

1.2. Die beanspruchten Loseblatttextausgaben von Gesetzen sind eine Einzelware, die sich an das mit Gesetzestexten befasste Fachpublikum richtet, also insbesondere alle beruflich mit Rechtsfragen befassten Personen einschließlich der Studierenden der juristischen Fakultäten und Fachhochschulen (vgl. BPatG GRUR 2004, 61, 62 - BVerwGE). Von den für die Allgemeinheit der Verbraucher bestimmten gebundenen Gesetzestextausgaben, etwa zum Arbeitsrecht, zum Mietrecht, zum Straßenverkehrsrecht und zum Steuerrecht, die auch in literarischen Buchhandlungen und den Buchabteilungen großer Kaufhäuser angeboten werden, unterscheiden sich Loseblattsammlungen durch den erhöhten Kosten- und Zeitaufwand, der mit dem Erwerb der Ergänzungslieferungen und deren Einsortierung verbunden ist. Dieser Aufwand wird üblicherweise nur von den mit Rechtsfragen befassten Fachleuten und Studierenden geleistet, für die die Aktualität der jeweiligen Gesetzessammlung von besonderer Bedeutung ist.

1.3. Dem Zeichen kann keine Unterscheidungskraft von Haus aus zugebilligt werden, weil sich für die verfahrensgegenständlichen Waren eine Gewöhnung des Verkehrs an die herkunftshinweisende Verwendung abstrakter Farben im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften nicht feststellen lässt (vgl. EuGH, GRUR 2003, 604, Rn. 65 - Libertel). Die Recherche des Senats zeigt bei Verlagen, die Gesetzestexte in Loseblattform herausgeben,

eine allgemeine Übung die jeweiligen Einbandordner einfarbig zu gestalten. Dabei wird die Farbe üblicherweise nicht als Merkmal der Gesetzessammlung hervorgehoben und auch kein Bezug zwischen der jeweiligen Farbe und dem herausgebenden Verlag, etwa im Sinne einer Hausfarbe hergestellt (vgl. Grabrucker, GRUR 1999, 850, 852; diess., WRP 2000, 1331, 1334). In der Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise verbinden sich Farbe und Ware damit zu einem einheitlichen Erscheinungsbild, so dass sie keine Veranlassung haben, der Farbe als solcher eine herkunftshinweisende Wirkung beizumessen (vgl. BGH GRUR 2007, 780, Rn. 28 - Pralinenform; GRUR 2007, 235, Rn. 24 - Goldhase; GRUR 2003, 712, 7114 - Goldbarren).

1.4. Da es bereits an einer Gewöhnung des Verkehrs an abstrakte Farben als Kennzeichnungsmittel fehlt, erübrigt sich die Prüfung der konkreten Unterscheidungskraft des angemeldeten Zeichen. Auf die Frage einer möglichen beschreibenden Bedeutung der Farbe Rot für die beanspruchten Waren kommt es daher nicht an. Der Vollständigkeit halber sei aber angeführt, dass es nach den Feststellungen des Senats nicht üblich ist, den verschiedenen Rechtsgebieten - unabhängig von den Marketinggewohnheiten einzelner Verlage - eine bestimmte Farbe zuzuordnen, wie etwa Rot für Strafrecht, Grün für Zivilrecht usw. Die Annahme, der Verkehr werde in dem beanspruchten Rot einen Hinweis auf den Inhalt der beanspruchten Loseblatttextsammlungen sehen, ist daher fernliegend.

2. Das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft hat die Marke aber für die beanspruchten Waren infolge ihrer Benutzung im Verkehr überwunden (§ 8 Abs. 3 MarkenG).

2.1. Die Eintragung einer Marke im Wege der Verkehrsdurchsetzung setzt voraus, dass das Zeichen infolge seiner kennzeichenmäßigen Verwendung für die fraglichen Waren und Dienstleistungen von einem wesentlichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkannt wird. Maßgebliche Kriterien sind dabei nach der Rechtsprechung des Ge-

richtshofs der Europäischen Gemeinschaften insbesondere der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer der Benutzung dieser Marke, der Werbeaufwand für die Marke, der Anteil der angesprochenen Verkehrskreise, der die Ware oder Dienstleistung auf Grund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt sowie Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder anderen Berufsverbänden (vgl. EuGH GRUR 2006, 1022, Rn. 75 - Wicklerform; GRUR 2002, 804 , Rn. 60 – Philips; GRUR 1999, 723, Rn. 51 - Windsurfing Chiemsee). Nach den hierzu getroffenen Feststellungen fasst ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise die beanspruchte Farbe als Unternehmenshinweis auf, so dass die Marke als verkehrsdurchgesetzt einzutragen ist (vgl. EuGH a. a. O. Rn. 61 – Philips; a. a. O. Rn. 52 - Windsurfing Chiemsee).

2.2. Die jahrzehntelange, ununterbrochene Benutzung der Marke im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, d. h. nach der Wiedervereinigung auch in den neuen Bundesländern, ist ebenso wie die Marktführerschaft der Anmelderin im Bereich der Loseblatttextausgaben gerichtsbekannt. Dem steht nicht entgegen, dass die Farbe stets in Kombination mit Firmeneblem und -namen der Anmelderin verwendet wird. Denn der Erwerb von Unterscheidungskraft aufgrund von Verkehrsdurchsetzung erfordert keine eigenständige Benutzung des beanspruchten Zeichens (vgl. EuGH GRUR 2005, 763, Rn. 26 - Nestlé/Mars).

2.3. Die seit 1935 andauernde, intensive Benutzung der Marke für die beanspruchten Waren wird durch das vorgelegte Werbematerial aus dem Zeitraum von 1950 bis 2007 bestätigt, das eindeutig eine kennzeichnende Verwendung des angemeldeten Zeichens zeigt. Die abgebildeten Bände der Loseblatttextsammlungen sind in der beanspruchten Farbe eingefärbt, die zugleich auch als Schrift- und Hintergrundfarbe dominiert. Die zugehörigen Werbetexte wie „Die roten Beck’schen Loseblatt-Steuertextsammlungen; Beck’sche Rote Textausgaben; Die Roten Ordner kaufen Sie nur einmal; Lieblingsfarbe Beck-Rot; Identität in ROT; Die „Roten“: Fragen und Antworten“ stellen den beanspruchten Rotton als herkunftshinwei-

sendes Gestaltungselement dieser Produkte heraus. Damit wird zwischen Farbe und Ware einerseits und Farbe und Hersteller andererseits ein wechselseitiger Bezug hergestellt, der dazu führt, dass der angesprochene Verkehr die Farbe nicht als reine Warenfarbe, sondern als selbständiges Kennzeichen wahrnimmt (vgl. BGH GRUR 2007, 780, Rn. 28 - Pralinenform; GRUR 2007, 235, Rn. 24 - Goldhase; GRUR 2003, 712, 7114 - Goldbarren).

2.4. Angesichts der Intensität und Dauer der Benutzung in der beschriebenen Form hat der Senat keinen Zweifel, dass die Verkehrsdurchsetzung bereits im Zeitpunkt der Anmeldung im Jahr 2003 gegeben war. Eine Verschiebung des Anmeldetags war daher nicht erforderlich (§ 37 Abs. 2 MarkenG).

2.5. Keine Aussagekraft kann hingegen der von der Anmelderin durchgeführten Meinungsumfrage beigemessen werden. Sie erfüllt hinsichtlich der Auswahl und Anzahl der Befragten nicht die Anforderungen an eine repräsentative Stichprobe. Da die Umfrage telefonisch durchgeführt wurde, lässt sich außerdem nicht feststellen, ob die Befragten bei ihrer Antwort tatsächlich den beanspruchten Farbton zu Grunde gelegt haben.

Grabrucker

Fink

Richter OLG Kärcher ist
abgeordnet und kann da-
her nicht unterzeichnen.

Grabrucker

Ko