



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 223/04

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 303 27 887.0

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 28. Februar 2007 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Angemeldet zur Eintragung in das Markenregister für zahlreiche Waren der Klassen 7, 9, 11 und 12 als abstrakte Farbmarke ist die Farbe „verkehrsrot“ (RAL 3020), von der mit der Anmeldung folgendes Farbmuster eingereicht wurde:



Die Markenstelle für Klasse 7 hat die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Unabhängig von den Kennzeichnungsgewohnheiten auf den betroffenen Warengewebieten sei die als Marke beanspruchte Farbe nicht als Kennzeichnungsmittel geeignet, da es sich bei ihr um eine gebräuchliche Signalfarbe handle. Die mit ihr verbundene Signalwirkung trete auch in Verbindung mit den beanspruchten Waren auf, weshalb der Verkehr die angemeldete Marke nur als Warnhinweis, aber nicht als betrieblichen Herkunftshinweis auffassen werde.

Mit der hiergegen gerichteten Beschwerde verfolgt die Anmelderin ihr Eintragsbegehren mit einem nunmehr eingeschränkten Warenverzeichnis weiter. Sie trägt vor, die Markenstelle sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass der angemeldeten Farbmarke jegliche Unterscheidungskraft fehle. Auf dem hier maßgeblichen Produktsektor seien Hausfarben der jeweiligen Hersteller allgemein bekannt und der angesprochene Fachverkehr daran gewöhnt, aus der Farbe der beanspruchten Waren auf deren betriebliche Herkunft zu schließen, ohne dass es hierzu weiterer Zusätze wie Firmennamen oder Logos bedürfe.

Darüber hinaus habe die angemeldete Marke bereits aufgrund ihrer langjährigen und intensiven Benutzung die erforderliche Unterscheidungskraft erlangt. Soweit die Markenstelle der beanspruchten Farbe im Zusammenhang mit den fraglichen Waren eine Signalwirkung zugeordnet habe, sei dem nicht zu folgen, da von diesen Produkten gerade keine Gefahr ausgehe und auch ihr Einsatz in Gefahrensituationen nicht in Betracht komme. Da der Markt für die hier beanspruchten Waren äußerst spezifisch und überschaubar sei, würde die erforderliche Verfügbarkeit von Farben für die wenigen Mitbewerber durch die Eintragung der Marke auch nicht ungerechtfertigt beschränkt, so dass ein Allgemeininteresse an ihrer freien Verwendung ebenfalls zu verneinen sei.

Die Anmelderin beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die angemeldete Marke für die Waren

„hydropneumatische Speicher- und Filtergehäuse; vorstehende Waren ausschließlich für hydraulische Anwendung“

einzutragen, hilfsweise für „Filtergehäuse, ausschließlich für hydraulische Anwendung“ bzw. für „hydropneumatische Speicher, ausschließlich für hydraulische Anwendung“.

Ebenfalls hilfsweise hat die Anmelderin die Durchführung einer zweiten mündlichen Verhandlung beantragt und außerdem die Zulassung der Rechtsbeschwerde angeregt.

Der Senat hat bei verschiedenen Fachverbänden nachgefragt, inwieweit die Farbe „Verkehrsrot“ (RAL 3020) für die fraglichen Waren eine Rolle spielen kann. Darüber hinaus wurde um Angaben dazu gebeten, wo diese Waren eingesetzt werden, welche Bedeutung die Farbe „rot“ im Rahmen der Geräte- und Betriebssicherheit

hat, wie viele Hersteller derartiger Speicher- und Filtergeräte es im Inland gibt und welche Farben diese Hersteller für ihre Waren verwenden. Wegen des Ergebnisses der Umfrage und der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg. Die angemeldete, konturunbestimmte Farbmarke ist zwar markenfähig i. S. v. § 3 Abs. 1 MarkenG und durch die Bezeichnung der beanspruchten Farbe mit einem international anerkannten Kennzeichnungscode (RAL) auch grafisch darstellbar i. S. v. § 8 Abs. 1 MarkenG. Ihrer Eintragung stehen aber absolute Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG entgegen.

Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind von der Eintragung solche Marken ausgeschlossen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, die im Verkehr u. a. zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der in Frage stehenden Waren dienen können. Unter den letztgenannten Tatbestand der „sonstigen Merkmale“ fallen dabei alle für den Warenverkehr wichtigen und für die umworbenen Abnehmerkreise bedeutsamen Umstände mit Bezug auf die beanspruchten Waren (vgl. BGH GRUR 2000, 231, 233 – FÜNFER). Bei Farben kommt eine solche Eignung zur Bezeichnung sonstiger Merkmale i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG beispielsweise in Betracht, wenn sie als Symbolfarben auf bestimmte Waren oder Dienstleistungen hinweisen oder wenn ihnen als sogenannte Signalfarben ein bestimmter sachbezogener Aussagegehalt zugeordnet werden kann (vgl. hierzu Ströbele in Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 284). Ist dies der Fall, steht ihrer markenrechtlichen Monopolisierung nicht zuletzt wegen der geringen Zahl der tatsächlich verfügbaren Farben ein Allgemeininteresse an ihrer freien Verfügbarkeit entgegen (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 Rdn. 54, 55 - Libertel). Dabei ist es unerheblich, wie groß die

Zahl der in Frage kommenden Mitbewerber ist und ob bereits eine tatsächliche Behinderung des Wettbewerbs eingetreten ist.

Die vorliegend für die Marke noch beanspruchten Waren hydropneumatische Speicher und Filter für hydraulische Anwendung finden in einer Vielzahl von technischen Sachverhalten Verwendung, wie etwa bei Aufzügen, bei Werkzeugmaschinen (z. B. Pressen und Abkantmaschinen), bei schwerem Rettungs- und Arbeitsgerät oder im Bergbau. In den meisten der entsprechenden (Hydro-) Anlagen werden dabei hydropneumatische Speicher eingesetzt, die im Wesentlichen aus einem Flüssigkeits- und einem Gasteil mit gasdichtem Trennelement bestehen, wobei der Flüssigkeitsteil mit dem hydraulischen Kreislauf der jeweiligen Anlage in Verbindung steht. Eine der Aufgaben dieser Speicher ist es, bestimmte Mengen von unter Druck stehenden Flüssigkeiten aufzunehmen und diese je nach Bedarf wieder an die Anlage zurückzugeben. Beim Ansteigen des Druckes wird dabei das Gas komprimiert und Flüssigkeit im Hydrospeicher aufgenommen. Beim Absinken des Druckes expandiert das verdichtete Gas wieder und verdrängt die gespeicherte Flüssigkeit zurück in den Kreislauf der Anlage. Ein wesentlicher Vorteil solcher hydraulischen Systeme ist es, dass mit ihnen wesentlich größere Kräfte übertragen werden können, als beispielsweise mit pneumatischen Systemen, also Systeme, bei denen Druckluft zur Kraftübertragung verwendet wird. Aufgrund der dargestellten technischen Vorgaben werden Hydrospeicher als Druckbehälter behandelt und müssen in sicherheitstechnischer Hinsicht den einschlägigen Abnahmestandards entsprechen und bestimmten Bau- und Druckprüfungen unterzogen werden. Für ihre Inbetriebnahme und ihr Inverkehrbringen sind insbesondere die Regelungen der Druckgeräterichtlinie 97/23/EG maßgeblich. Diese Richtlinie hebt bereits in ihren einleitenden Gründen (Punkt 19) hervor:

„Angesichts der Art der Risiken, die bei der Benutzung von Druckgeräten auftreten, müssen Verfahren für die Bewertung der Übereinstimmung mit den grundlegenden Anforderungen der Richtlinien festgelegt werden. Diese Verfahren sind unter Berücksichti-

*gung des Druckgeräten innewohnenden Gefahrenpotentials auszu-
arbeiten.“*

In Anhang I, der Richtlinie, der die grundlegenden Sicherheitsanforderungen zum Gegenstand hat, wird hierzu unter Punkt 1.2. und 1.3. weiter ausgeführt:

„Bei der Wahl der angemessensten Lösungen hat der Hersteller folgende Grundsätze ... zu beachten:

- Beseitigung oder Verminderung der Gefahren, soweit dies nach vernünftigem Ermessen möglich ist;*
- Anwendung von geeigneten Schutzmassnahmen gegen nicht zu beseitigende Gefahren;*

Wenn die Möglichkeit einer unsachgemäßen Verwendung bekannt oder vorhersehbar ist, sind die Druckgeräte so auszulegen, dass ... vor einer unsachgemäßen Benutzung des Druckgeräts in angemessener Weise gewarnt wird.“

Der eindeutige Wortlaut der Richtlinie belegt, dass den mit der Anmeldung beanspruchten Waren durchaus ein Gefahrenpotenzial innewohnt, wie dies auch bereits von der Markenstelle festgestellt wurde. Wie groß dieses Gefahrenpotenzial im Einzelfall sein kann, also ob es sich dabei um eine massive, möglicherweise lebensbedrohliche Gefährdung handeln oder nur eine vergleichsweise geringfügige Restgefahr gegeben sein kann, ist für den vorliegenden Fall nicht entscheidungsrelevant. Maßgeblich ist allein, ob die angemeldete Farbe im Hinblick auf das vorhandene Gefahrenpotenzial als „*angemessene und geeignete*“ Warn- und Schutzmaßnahme im Sinne der Richtlinie in Betracht kommt. Dass dies so ist, liegt auf der Hand. Die Farbe „Rot“ im Allgemeinen und auch die konkret angemeldete Farbe „Verkehrsrot“ ist aufgrund ihrer besonders auffälligen optischen Wirkung in zahlreichen Zusammenhängen als Warn- und Signalfarbe gebräuchlich und dementsprechend bekannt (in diesem Sinne bereits auch HABM, R0347/99-2 - Red, veröffentlicht auf PAVIS PROMA CD-ROM). Eine entsprechende Einfärbung von

hydropneumatischen Speicher- und Filtergehäusen als wesentliche Teile von Hydroanlagen ist somit *geeignet* eine Warnfunktion auszuüben bzw. für den Verkehr in unmittelbarer und unzweideutiger Art und Weise ein „sonstiges Merkmal“ der beschwerdegegenständlichen Waren i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu beschreiben. Es ist deshalb von einem schutzwürdigen Interesse der Mitbewerber an der freien Verfügbarkeit der zur Eintragung ins Markenregister angemeldeten Farbe auszugehen.

Der Marke fehlt zudem jegliche Unterscheidungskraft i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Unterscheidungskraft ist nach ständiger Rechtsprechung die Eignung einer Marke, von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden (vgl. EuGH GRUR 2003, 604, 605 – Libertel; BGH WRP 2005, 1521 – Dentale Abformmasse). Kann einer angemeldeten Farbmarke, die nach der Rechtsprechung des EuGH (a. a. O - Libertel) ohne nur unter außergewöhnlichen Umständen vom Verkehr als Unterscheidungsmittel verstanden wird, für die fraglichen Waren ein im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden, etwa weil es sich bei ihr um ein gebräuchliches Mittel handelt, mit dem bestimmte sachbezogene Informationen ausgedrückt werden, stellt dies erst recht einen konkreten Anhaltspunkt dafür dar, dass ihr die Unterscheidungseignung und damit jegliche Unterscheidungskraft abzusprechen ist.

Aufgrund des dargestellten, beschreibenden Bedeutungsgehalts der als Marke angemeldeten Farbe wird ihr der angesprochene Verkehr ausschließlich die beschriebene Signalwirkung zuordnen und sie somit lediglich als Sachhinweis werten. Die angemeldete Marke verfügt daher nicht über die Eignung, die erforderliche betriebliche Kennzeichnungsfunktion zu erfüllen. Neben einem Freihaltungsbedürfnis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG steht der Eintragung der Marke damit auch das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Soweit die Anmelderin hilfsweise beantragt, ihrer Be-

schwerde ein durch die Streichung einzelner Waren geändertes Warenverzeichnis zugrunde zu legen, ändert sich hierdurch nichts an dem dargestellten Bedeutungsgehalt der Marke und damit auch nichts an der Beurteilung der Schutzfähigkeit.

Soweit sich die Anmelderin auf eine Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG berufen hat, erweist sich ihre Beschwerde ebenfalls als unbegründet. Zwar hat sie darauf verwiesen, dass es sich bei ihrer Firma um ein weltweit bekanntes Unternehmen handle und die angemeldete Farbe bereits seit Anfang der 60er-Jahre als Hausmarke für ihre Produkte benutzt werde, weshalb der angesprochene Fachverkehr an ihr Auftreten unter dieser Farbe gewöhnt sei. Aus der Eidesstattlichen Versicherung ihres Leitenden Angestellten, Herrn A..., vom 21. Juni 2006, ergibt sich zudem ein Mindestumsatz der B...-Unternehmen für die Jahre 1999 bis 2004 in jeweils dreistelliger Millionenhöhe mit steigender Tendenz. Die Eidesstattliche Versicherung benennt jedoch keinerlei konkrete Umsätze für die beschwerdegegenständlichen Waren. Vielmehr wird dort sogar ausdrücklich auf die insoweit maßgebliche „breite Produktpalette“ des Unternehmens verwiesen. Den eingereichten Unterlagen lassen sich auch keinerlei konkrete Angaben über einen Durchsetzungsgrad bei den angesprochenen Verkehrskreisen entnehmen. Darüber hinaus berücksichtigt der Vortrag der Beschwerdeführerin in keiner Weise, dass im Fall der Verkehrsdurchsetzung von konturunbestimmten Farbmarken nachzuweisen ist, dass die beteiligten Verkehrskreise die Benutzung der betreffenden Farbe *an sich* als markenmäßigen, eigenständig kennzeichnenden Hinweis auf den Anmelder ansehen. Verwendungsbeispiele auf der Grundlage konkreter Aufmachungen, wie sie von der Beschwerdeführerin vorgelegt wurden, sind für den Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung in aller Regel ungeeignet. Dies insbesondere dann, wenn sie neben der entsprechenden Einfärbung der fraglichen Produkte andere Gestaltungselemente erkennen lassen, die vorrangig auf den Anmelder hinweisen, wie etwa Firmennamen oder entsprechende Bildelemente (vgl. Ströbele a. a. O., § 8 Rdn. 311). Die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Verwendungsbeispiele lassen aber zu einem ganz erheblichen Teil das zentral angeordnete Firmenlogo „B...“ erkennen. Insgesamt er-

geben sich damit aus den vorgelegten Unterlagen nicht einmal ansatzweise Anhaltspunkte dafür, dass sich die Anmeldemarke als markenmäßiger Hinweis auf die betriebliche Herkunft der beschwerdegegenständlichen Waren im Verkehr durchgesetzt hat. Bei dieser Sachlage waren auch keine weiteren Ermittlungen des Senats oder eine Zurückverweisung der Sache an die Markenstelle veranlasst.

Der Senat sieht sich in seinen Feststellungen zur Schutzunfähigkeit der angemeldeten Marke auch durch die eingegangenen Auskünfte der befragten Fachverbände bestätigt. Entgegen der Ansicht der Anmelderin, die fraglichen Stellungnahmen seien zu unspezifisch, lassen sich ihnen klare Aussagen zu den hier maßgeblichen Fragen entnehmen. Soweit die Anmelderin den Ausführungen der einzelnen Verbände entnehmen will, es lasse sich zusammenfassend feststellen, dass die angemeldete Farbmarke Rot als Mittel betrieblicher Herkunftskennzeichnung verwendet werde, gibt dies den Wortlaut der Stellungnahmen nicht zutreffend wieder. So hat der Fachverband Fluidtechnik im VDMA darauf hingewiesen, dass auf dem hier maßgeblichen Warenausgangsbereich Farben nicht nur als Hausfarben der einzelnen Hersteller gebräuchlich seien, sondern auch für kundenspezifische Lackierungen verwendet würden. Dies wurde auch durch die Stellungnahme des TÜV Saarlands bestätigt. Der TÜV Saarland hat darüber hinaus ausgeführt, es sei zwar nicht bekannt, ob der Farbe Rot im direkten Zusammenhang mit den fraglichen Produkten eine bestimmte Bedeutung im Rahmen der Geräte- und Betriebssicherheit zukomme, es bleibe jedoch darauf hinzuweisen, dass die Farbe Rot generell für alle sicherheitsrelevanten Anwendungen einschlägig sei. Auch das Institut für fluidtechnische Antriebe und Steuerungen der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen (IFAS) hat darauf verwiesen, dass die Farbe Rot als Signalfarbe Verwendung finde, beispielsweise für Not-Aus-Schalter. Ob dies auch für die hier maßgeblichen Waren gelte, sei aber unbekannt. Die Farbe Rot werde aber von vielen Herstellern genutzt. Hinsichtlich der Zahl der Hersteller der fraglichen Waren wurde der Stellungnahme eine Übersicht beigefügt, die etwa 75 Hersteller von Hydrospeichern und etwa 50 Hersteller von Hydrofiltern ausweist.

Nach umfassender Würdigung der Stellungnahmen ist festzuhalten, dass die genannten Verbände der Farbe Rot keinen eindeutigen Hinweis auf die Beschwerdeführerin zugeordnet haben, sondern vielmehr auf die gebräuchliche Verwendung der Farbe im Zusammenhang mit Kundenwünschen (die im Übrigen auch durch Sicherheitsaspekte bedingt sein können!) sowie auf ihre Nutzung durch verschiedene Hersteller hingewiesen wurde. Darüber hinaus haben zwei der drei Verbände die Farbe Rot als Signalfarbe für sicherheitsrelevante Anwendungen benannt, wie dies der Wertung des Senats und der Markenstelle entspricht. Auch die Anmelderin selbst hat in ihrer Stellungnahme zu den von den Verbänden erteilten Auskünften, eingeräumt, es werde von ihr nicht (mehr) bestritten, dass die Farbe Rot als Signalfarbe eingesetzt werde. Soweit sie diese Aussage dadurch eingeschränkt wissen will, dass bei den beanspruchten Waren aber keinerlei sicherheitsrelevante Eigenschaften gegeben seien, ist diese Auffassung durch die Feststellungen des Senats widerlegt, insbesondere durch den eindeutigen Wortlaut der einschlägigen Richtlinie 97/23/EG.

Die Beschwerde war daher zurückzuweisen.

Da mit der mündlichen Verhandlung vom 28. September 2005 dem Erfordernis des § 69 Nr. 1 MarkenG mit einer einmaligen mündlichen Verhandlung genügt ist (vgl. Ströbele, a. a. O., § 69 Rdn. 4) und sich nach dem mit Einverständnis der Anmelderin angeordneten Übergang ins schriftliche Verfahren die Prozesslage nicht wesentlich verändert hat - was im Übrigen von ihr auch nicht vorgetragen wurde - musste der Antrag auf Anberaumung einer zweiten mündlichen Verhandlung erfolglos bleiben.

Für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde bestand für den Senat kein Anlass, nachdem weder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden

war noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dies erfordern würde (§ 83 Abs. 2 MarkenG).

gez.

Unterschriften