



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 115/07

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 305 28 904.7

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 18. Dezember 2009 durch die Vorsitzende Richterin Grabrucker, die Richterin Kopacek und den Richter Dr. Kortbein

beschlossen:

Die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamts vom 28. März 2007 und vom 18. September 2007 werden auf der Grundlage des eingeschränkten Waren-/Dienstleistungsverzeichnisses vom 15. Dezember 2009 aufgehoben.

Gründe

I.

Die Wortmarke "Gelb" ist am 17. Mai 2005 für verschiedene Waren und Dienstleistungen der Klassen 9, 16, 35, 38, 41 und 42 zur Eintragung in das Register angemeldet worden. Nach einer Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses im Beschwerdeverfahren soll sie nunmehr nur noch für die Waren und Dienstleistungen der

Klasse 09: Optoelektronische Verzeichnisse, nämlich Branchen-Telefonbücher und Branchen-Verzeichnisse auf CD-ROM;

Klasse 16: Druckereierzeugnisse, nämlich gedruckte Branchen-Telefonbücher bzw. Branchen-Verzeichnisse;

Klasse 41: Veröffentlichung und Herausgabe von elektronischen und gedruckten Branchen-Telefonbüchern und -Verzeichnissen;

in das Markenregister eingetragen werden.

Die Markenstelle für Klasse 16 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung des Zeichens durch Beschluss vom 28. März 2007, der durch den Erinnerungsbeschluss vom 18. September 2007 bestätigt worden ist, insgesamt zurückgewiesen.

Sie vertritt die Auffassung, der Anmeldung fehle jegliche Unterscheidungskraft, weil der als Wortmarke angemeldete Begriff "Gelb" gerade im Bereich der auf gelbem Papier gedruckten Branchen-Telefonbücher bzw. der auf gelbem Hintergrund dargestellten entsprechenden elektronischen Verzeichnisse eine rein beschreibende Angabe sei. Die Angabe "Gelb" weise sowohl auf die spezielle Farbe der Druckseiten und anderer Medienträger (beispielsweise gelbe Internetseiten) als auch auf die Art bzw. den Gegenstand der beanspruchten Waren und Dienstleistungen, nämlich ein Branchenfernsprechbuch, hin. Die Verbraucher sähen in der Farbangabe "Gelb" in Verbindung mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen keinen betrieblichen Hinweis, sondern einen schlagwortartig verkürzten Werbehinweis auf eine Art von Verzeichnissen und die damit verbundenen Dienstleistungen. Branchenbücher würden grundsätzlich nach Art und Anwendungsbereich mit Farben bezeichnet, wie z. B. "Blaue Seiten" für den Handwerksbereich oder "Grüne Seiten" für Anbieter umweltfreundlicher Produkte.

Ein Anspruch auf Eintragung ergebe sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung, weil eine sachwidrige Behandlung nicht zu einer anspruchsbegründenden Selbstbindung führe.

Eine Verkehrsdurchsetzung sei durch die vorgelegten demoskopischen Gutachten von August/September 2004 und März 2006 nicht nachgewiesen. Abgesehen davon, dass zuverlässige Feststellungen über eine markenmäßige Verwendung der angemeldeten Wortmarke "Gelb" für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen fehlten, sei eine ausreichende Zuordnung für die Markenmelderin als Tochter der D... AG nicht erkennbar. Die Zuordnungen zur D1... AG, der B..., der Postreklame und der D2... müssten nämlich, da sie nicht zu den mit der Anmelderin verbundenen Unternehmen gehörten, abgezogen werden. Addiere man daher die auf diese anderen Unternehmen entfallenden Pro-

zentpunkte nicht zum Ergebnis hinzu, liege die Durchsetzung lediglich bei ... %, mithin unter der für eine Verkehrsdurchsetzung einzuhaltenden Untergrenze von ... %.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Beschwerde vom 19. Oktober 2007 trägt die Beschwerdeführerin vor, dass der angegriffene Beschluss den grundgesetzlich verankerten Gleichheitssatz verletze und unzureichend begründet sei.

Da es eine vergleichbare Voreintragung, nämlich die Wortmarke "gelb.de", welche am 24. Mai 2007 angemeldet und am 16. Juli 2007 eingetragen worden sei, zugunsten eines Mitbewerbers für denselben Waren- und Dienstleistungsbereich gebe, liege eine ungleiche Behandlung gleicher Sachverhalte ohne sachlichen Grund vor. Die vom Deutschen Patent- und Markenamt postulierte Auffassung, es könne keine Gleichheit im Unrecht geben, verhindere die wirksame Kontrolle einer ungleichen Behördenpraxis im Bereich gesetzgebender Verwaltung.

Die Markenstelle beziehe sich zudem nicht auf das streitgegenständliche Wortzeichen, sondern auf die Marke "Gelbe Seiten". Wie Rechercheergebnisse aus Wörterbüchern und Lexika der Jahre 1992 bis 2006 belegten, sei "Gelb" kein Beschaffenheitshinweis für Branchenbücher und damit in Verbindung stehende Dienstleistungen. Es handele sich auch nicht um ein beschreibendes Zeichen gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Entgegen der Ansicht der Markenstelle habe sich die Wortmarke "Gelb" für Waren und Dienstleistungen im Zusammenhang mit Branchenbüchern/Branchen-Telefonverzeichnissen im Verkehr durchgesetzt.

Die Beschwerdeführerin hat im Beschwerdeverfahren ein neues demoskopisches Gutachten von November 2009 vorgelegt.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 16 vom 28. März 2007 und 18. September 2007 aufzuheben.

Im Übrigen wird zur Ergänzung des Tatbestandes auf die Akten und das Gutachten von November 2009 Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist gemäß § 66 Abs. 1 und 2 MarkenG zulässig und in der Sache begründet. Für die nach der Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses noch verfahrensgegenständlichen Waren und Dienstleistungen

"Optoelektronische Verzeichnisse, nämlich Branchen-Telefonbücher und Branchen-Verzeichnisse auf CD-ROM; Druckereierzeugnisse, nämlich gedruckte Branchen-Telefonbücher bzw. Branchen-Verzeichnisse; Veröffentlichung und Herausgabe von elektronischen und gedruckten Branchen-Telefonbüchern und -Verzeichnissen"

hat sich die angemeldete Marke aufgrund ihrer markenmäßigen Benutzung im Verkehr gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG durchgesetzt.

1. Die angemeldete Wortmarke 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 Auf-

fassung 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). Da die Wortmarke "Gelb" als Farbangabe in der Behandlung mit einer abstrakten Farbmarke gleichzusetzen ist, ist bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft zusätzlich zu berücksichtigen, dass das angesprochene Publikum nicht daran gewöhnt ist, allein aus der Farbangabe auf die Herkunft der Waren zu schließen, da eine Farbangabe im Verkehr 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; BPatG GRUR 2009, 170 ff. - Rapsgelb).

- 1.2. Die beanspruchten gedruckten und (opto)elektronischen Branchen-Telefonbücher und Branchen-Verzeichnisse sind Waren, die sich an die allgemeinen Verkehrskreise richten. Es handelt sich dabei um eine sehr spezialisierte Form der Druckereierzeugnisse bzw. der (opto)elektronischen Erzeugnisse, in denen Firmen und Branchen alphabetisch sortiert bundesweit, auf einzelne Orte oder regional eingeschränkt, mit Adresse und Telefonnummer sowie ggf. weiteren Informationen aufgelistet sind. Die Dienstleistung "Veröffentlichung und Herausgabe von elektronischen und gedruckten Branchen-Telefonbüchern und -Verzeichnissen" korrespondiert mit diesen Waren, da mittels dieser Dienstleistung die vorgenannten Druckwerke entstehen (BGH GRUR 2003, 342, 343 - WINNETOU). Die gedruckten Branchen-Telefonbücher werden dabei in der Regel kostenfrei an alle deutschen Haushalte abgegeben. Mit der Tagespost erhalten die Verbraucher eine Mitteilung, dass die neuen Branchenbücher bei der nächsten Postfiliale oder diversen namentlich benannten Verbrauchermärkten abgeholt werden können. Bei Rücksendung der Mitteilungskarte

ist auch eine kostenpflichtige Zustellung an die gewünschte Adresse möglich. Im Handel sind die gedruckten Branchen-Telefonbücher nicht erhältlich. Bei ihnen handelt es sich im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften daher um ein sehr spezifisches Waren- bzw. Dienstleistungssegment (EuGH, a. a. O., Rn. 66 - Libertel). Der EuGH nennt die beschränkte Zahl der Waren und Dienstleistungen und den spezifischen Markt als Beispiele außergewöhnlicher Umstände, die dazu führen können, dass der Verkehr einer Farbe abweichend von seiner gewöhnlichen Wahrnehmung als Warenfarbe oder dekoratives Element einen betrieblichen Herkunftshinweis beimisst. Dabei geht er offensichtlich davon aus, dass nur in einem überschaubaren Marktsegment mit eigenen Kennzeichnungsgewohnheiten eine "Umgewöhnung" des Verkehrs in der Wahrnehmung abstrakter Farben bzw. Farbangaben stattfinden kann. Für den Senat, der die eine Farbangabe enthaltende Wortmarke wie eine abstrakte Farbmarke behandelt, folgt daraus, dass die außergewöhnlichen Umstände vorliegen, da die Waren und Dienstleistungen Teil eines in sich geschlossenen, von den üblichen Kennzeichnungsgewohnheiten unabhängigen und in diesem Sinne spezifischen Marktsegments sind (vgl. BPatG, a. a. O., 170, 171 - Rapsgeilb; BPatG 29 W (pat) 58/06 - Signalgeilb). Dies ist hier wie bei der abstrakten Farbmarke der Fall (vgl. BPatG, a. a. O., - Rapsgeilb; BPatG GRUR 2005, 1056, 1058 - Dunkelblau/Hellblau; BPatG 33 W (pat) 143/02 - Zitengummi für Melkanlagen).

- 1.3. Dem Zeichen kann dennoch keine Unterscheidungskraft von Haus aus zugebilligt werden, weil sich für die verfahrensgegenständlichen Waren und Dienstleistungen eine Gewöhnung des Verkehrs an die herkunftshinweisende Verwendung abstrakter Farben bzw. Farbangaben im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften nicht feststellen lässt (vgl. EuGH, a. a. O., Rn. 65 - Libertel). Auf dem Gebiet der Druckereierzeugnisse sowie der elektronischen Erzeugnisse,

und zwar auch auf dem Segment der Branchenbücher und -Verzeichnisse, werden Farben vielfach und beliebig dekorativ eingesetzt. Die Recherchen des Senats zeigen bei Verlagen, die Branchen-Telefonbücher und -Verzeichnisse herausgeben, eine allgemeine Übung, die Umschlagseiten farbig zu gestalten. Die Farbe hat dabei im Wesentlichen die Funktion eines "eye-catchers" und erregt die Aufmerksamkeit des Lesers. Die Anbieter gestalten die Seiten dabei in unterschiedlichen Farben. Mitbewerber verwenden rot/blau (D3...-GmbH; Sch... GmbH), blau (Dr. B... GmbH; E... -GmbH), grün (Verlag D4...; G... GmbH) oder weiß/grau-gestreift (E1...GmbH) Umschlagseiten. Die Innenseiten sind mehrfarbig und bunt bedruckt. Die Farbe wird dabei üblicherweise nicht als Merkmal einer bestimmten Branche/Region oder eines Verlags hervorgehoben. Es wird auch kein Bezug zwischen der jeweiligen Farbe und dem herausgebenden Verlag hergestellt (vgl. die Ausführungen zum Identifikationszusammenhang in BPatG 29 W (pat) 61/07 - Farbmarke Sonnengelb; Grabrucker, GRUR 1999, 850, 852; WRP 2000, 1331, 1334). In der Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise verbinden sich Farbe und Ware/Dienstleistung damit zu einem einheitlichen Erscheinungsbild, so dass der Verkehr keine Veranlassung hat, der Farbe bzw. Farbangabe 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; BPatG GRUR 2008, 428 - Farbmarke Rot).

- 1.4. Da es bereits an einer Gewöhnung des Verkehrs an abstrakte Farben bzw. Farbangaben als Kennzeichnungsmittel im spezifischen Marktsegment fehlt, erübrigt sich die Prüfung der konkreten Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Denn auf die Frage einer möglichen beschreibenden Bedeutung der Farbangabe "Gelb" für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen kommt es nicht mehr an. Lässt

sich für das beanspruchte Marktsegment keine Gewöhnung der Verbraucher an die markenmäßige Verwendung der Farben feststellen, so ist eine Eintragung grundsätzlich nur im Wege der Verkehrsdurchsetzung möglich (vgl. Grabrucker/Fink, GRUR 2008, 371 ff. - Jahresbericht 2007).

2. Das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft hat die Marke für die beanspruchten Waren jedoch 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, d. h. aufgrund der Benutzung des Zeichens als Marke, für die fraglichen Waren und Dienstleistungen von einem wesentlichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkannt wird (BGH GRUR 2008, 710 ff., Rn. 23 - VISAGE). Maßgebliche Kriterien sind dabei nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs 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 - Chiemsee). Die Tatsache, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen, muss auf der Benutzung des Zeichens als Marke beruhen, also einer Benutzung, die der Identifizierung der Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen stammend dient (EuGH, a. a. O., Rn. 49, 54 - Chiemsee; a. a. O., Rn. 64 - Philips; BGH, a. a. O., Rn. 23 - VISAGE).

2.2. Der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung weist vorliegend deshalb besondere Schwierigkeiten auf, weil die Farbangabe "Gelb" in Verbindung mit Telefondienstleistungen einschließlich der Herausgabe und Veröffentlichung von Branchen-Telefonbüchern und Branchen-Verzeichnissen über Jahrzehnte dem Monopolunternehmen D4... zugeordnet war. Zwar ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu "LOTTO" (BGH GRUR 2006, 760 ff. Rn. 21) bezüglich des Grades der Durchsetzung nicht einschlägig, da die Beschwerdeführerin selbst keine Monopolistin ist. Eine Verkehrsdurchsetzung ohne demoskopisches Gutachten war jedoch ausgeschlossen, da nachgewiesen werden musste, dass die maßgeblichen Verkehrskreise die Farbangabe "Gelb" als betrieblichen Herkunftshinweis sehen und nicht mehr als Symbolfarbenangabe gattungsmäßig der Post zurechnen. Dies war nur durch eine methodisch einwandfreie Verkehrsbefragung herauszufinden, bei der aus dieser historischen Situation heraus Angaben, die auf die D4... und die D1... AG als (Teil-)Rechtsnachfolgerin rekurrerten, nicht mitgezählt wurden. Nach allgemeiner Meinung in Literatur und Rechtsprechung ist die Nennung eines vom Anmelder abweichenden Namens nämlich nur dann unschädlich, wenn auf andere namentlich genannte Anbieter geringe Prozentsätze entfallen, nicht aber dann, wenn sie in beachtlichem Umfang benannt werden (Eichmann in: Hasselblatt/Eichmann, Münchner Anwalts- handbuch Gewerblicher Rechtsschutz, § 9 Rechtsdemoskopische Gutachten, Rn. 42; Niedermann, Empirische Erkenntnisse zur Verkehrsdurchsetzung, GRUR 2006, 367, 371; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Auflage, § 8 Rn. 328; Ströbele in: Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Auflage, § 8 Rn. 441; BGH GRUR 2008, 505 ff., Rn. 30 - TUC-Salzcracker; BGH GRUR 2007, 1071, Rn. 32 - Kinder II; BPatG 32 W (pat) 39/03, S. 21 - Kinder; 32 W (pat) 320/03, S. 9 - YOGHURTGUMS; 32 W (pat) 217/04, S. 7 - Schülerhilfe). Dem setzt der Senat die Zurechnung der Farbe bzw. Farbangabe zu einem rechtlich in dieser Form nicht mehr existenten Dienstleister durch den Verkehr gleich (vgl. Ströbele, a. a. O.). Die im frei-

en Wettbewerb stehende Beschwerdeführerin kann sich daher diejenigen Angaben nicht zurechnen lassen, die auf Verhältnissen aus Monopolzeiten beruhen und heute mit der D1... AG in Verbindung gebracht werden.

- 2.3. Durch das unter Berücksichtigung der vorstehenden Anforderungen erstellte und im Beschwerdeverfahren vorgelegte demoskopische Verkehrsgutachten von November 2009 ist nachgewiesen, dass das Schutzhindernis der von Haus aus fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG überwunden ist (§ 8 Abs. 3 MarkenG).

Aus dem demoskopischen Verkehrsgutachten von November 2009 ergibt sich, dass das Wort "Gelb" im Zusammenhang mit einem gedruckten Branchentelefonbuch beim Verkehrskreis der Besitzer/Nutzer von Branchen-Telefonbüchern einen Kennzeichnungsgrad von ... % und im Zusammenhang mit einem Branchenbuch im Internet beim Verkehrskreis der Nutzer von Branchen-Verzeichnissen im Internet eine solche von ... % hat. Dabei sind zu Lasten der Beschwerdeführerin entsprechend den Anforderungen des Senats die Prozentsätze in Abzug gebracht worden, die auf Personen entfielen, die namentlich die "(D1...)" oder "(ehemalige) B..." benannt und als Herausgeber individualisiert hatten. Diese Zahlen sind korrekt durch zusätzliche Aufklärungs- und Kontrollfragen ermittelt worden. Die Befragung wurde von einem anerkannten Institut zur Durchführung von Verkehrsbefragungen durchgeführt. Befragungsumfang, Repräsentativität der Stichproben, Ablauf und Inhalt der Interviews sind nachvollziehbar dargestellt, ein Kommentar erläutert die - vom Senat angeregten - Aufklärungs- und Kontrollfragen.

2.3.1 Bei den gedruckten Branchen-Telefonbüchern ist nicht nur auf deren Nutzer, sondern auf die Gesamtbevölkerung abzustellen. Es ist davon auszugehen, dass jede Person über ... Jahren, die telefoniert, zu einem beliebigen Zeitpunkt Einsicht in ein Branchen-Telefonbuch genommen hat, selbst wenn dies nicht regelmäßig geschieht und sie kein eigenes Branchen-Telefonbuch besitzt. Der Kennzeichnungsgrad des Wortes "Gelb" im Zusammenhang mit gedruckten Branchen-Telefonbüchern liegt in der Gesamtbevölkerung bei ... %. Bei den Branchenbüchern im Internet ist auf die Internetnutzer abzustellen. Dort erreicht der Kennzeichnungsgrad ... %. Bei der Ermittlung des Verkehrsdurchsetzungsergebnisses wurden richtigerweise Antworten der befragten Personen, die von einem Unternehmensverbund ausgingen, einbezogen.

Ausweislich des Gutachtens von November 2009 sehen ... % der Gesamtbevölkerung in der Farbangabe "Gelb" im Zusammenhang mit gedruckten Branchen-Telefonbüchern den Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen. Dabei ordnen ... % sie bereits namentlich richtig der Beschwerdeführerin zu. ... % nehmen eine falsche Zuordnung vor. Zunächst "mehrere Herausgeber, kein Herausgeber-Hinweis bzw. keine Festlegung auf einen oder mehrere Herausgeber" nennen ... % der Befragten, erwarten letztlich aber nur ein bestimmtes Unternehmen, wobei ... % eine richtige und ... % eine falsche Zuordnung vornehmen. Weitere ... % meinen mit "mehrere Herausgeber" nur Unternehmen, die miteinander verbunden sind, weil sie die Verzeichnisse zusammen herausgeben. Das Gutachten kommt daher zu ... % (... % + ... % + ... %) der Gesamtbevölkerung, welche das Wort "Gelb" einem bestimmten Herausgeber zuordnen, wovon nach Abzug von ... % falscher Zuordnungen ein Kennzeichnungsgrad des Wortes "Gelb" im Zusammenhang mit gedruckten Branchen-Telefonbüchern von ... % der Gesamtbevölkerung verbleibt.

Allerdings ist in der statistischen Auswertung die Fehlertoleranz nach der Gaußschen Verteilungskurve nicht berücksichtigt worden. Dies ist aber nach der Rechtsprechung des Bundespatentgerichts erforderlich (GRUR 2007, 593, 596 - Ristorante; GRUR 2007, 324 - Kinder; 32 W (pat) 217/04 - SCHÜLERHILFE). Aber auch wenn man zu Lasten der Beschwerdeführerin die Fehlertoleranz - der Fehlertoleranztafel entsprechend - mit ... % ansetzt, bleibt ein Kennzeichnungsgrad von zwischen ... % und ... %, folglich Werte, die jedenfalls über der erforderlichen Hürde von ... % liegen, so dass die Berücksichtigung der Fehlertoleranz an dem für die Beschwerdeführerin günstigen Ergebnis nichts ändert.

- 2.3.2 Von den Internetnutzern sehen ... % in der Farbangabe "Gelb" im Zusammenhang mit Branchen-Verzeichnissen im Internet den Hinweis auf einen ganz bestimmten Herausgeber. Dabei ordnen ... % sie der Beschwerdeführerin zu, während nur ... % eine falsche Zuordnung vornehmen. Zunächst "mehrere Herausgeber, kein Herausgeber-Hinweis bzw. keine Festlegung auf einen oder mehrere Herausgeber" nennen ... % der Befragten, erwarten letztlich aber nur ein bestimmtes Unternehmen, wobei ... % eine richtige Zuordnung vornehmen. Weitere ... % meinen mit "mehreren Herausgebern" nur Unternehmen, die miteinander verbunden sind, weil sie die Verzeichnisse zusammen herausgeben. Das Gutachten kommt daher zu ... % (... % + ... % + ... %) der Internetnutzer, welche das Wort "Gelb" einem bestimmten Herausgeber zuordnen, woraus sich nach Abzug von ... % falscher Zuordnungen ein Kennzeichnungsgrad des Wortes "Gelb" im Zusammenhang mit Branchen-Verzeichnissen im Internet von ... % der Internetnutzer ergibt.

Wenn man auch hier zu Lasten der Beschwerdeführerin die Fehlertoleranz - der Fehlertoleranztafel entsprechend - von ... % berücksichtigt, bleibt ein Kennzeichnungsgrad von zwischen ... % und ... %, wobei allerdings der untere Wert nicht über der erforderlichen Hürde von ... % liegt.

Daraus ergeben sich vorliegend aber keine durchgreifenden Zweifel an dem Nachweis der erforderlichen Durchsetzung des Wortzeichens "Gelb" im Zusammenhang mit Branchen-Verzeichnissen im Internet bei den Internetnutzern. Der generell geforderte Mindestdurchsetzungsgrad von ... % ist nämlich, nicht nur nach der Rechtsprechung des EuGH (GRUR 1999, 723, 727 - Chiemsee), sondern auch des BGH (GRUR 2006, 760 [762 re. Sp.] - LOTTO) nicht starr zu handhaben (BPatG, a. a. O., - Ristorante). Besondere Umstände können vielmehr im Einzelfall eine abweichende Beurteilung rechtfertigen. Bei der gebotenen Gesamtbewertung aller Erkenntnisse wie der sehr geringen Zahl von Fehlzuordnungen zu konkret anderen Unternehmen (... %), den im Vergleich zur Gesamtbevölkerung kleineren Anteil von Internetnutzern sowie des Umstandes, dass der hohe Bekanntheitsgrad des Wortzeichens "Gelb" sowohl im Zusammenhang mit gedruckten als auch mit elektronischen Branchen-Verzeichnissen gerichtsbekannt ist, und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Anmelderin bei verbleibenden Zweifeln am Vorliegen absoluter Eintragungshindernisse einen Anspruch auf Eintragung hat (Fezer, MarkenG, 4. Aufl., § 73 Rn. 4; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., § 73 Rn. 5; Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 73 Rn. 8), ist der Senat davon überzeugt, dass im vorliegenden Fall auch ein Durchsetzungsgrad von etwas unter ... % noch ausreicht, um für die (opto)elektronischen Branchen-Telefonbücher und Branchen-Verzeichnisse das Schutzhindernis des § 8 Abs. Nr. 1 MarkenG zu überwinden.

Der Beschwerde ist somit im Hinblick auf das Begehren der Beschwerdeführerin, das beantragte Zeichen im Wege der Verkehrsdurchsetzung einzutragen, stattzugeben.

Ein Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, besteht nicht. Ein Anmelder, der sich mit Erfolg auf die Verkehrsdurchsetzung seines Zeichens beruft, hat keinen verfahrensrechtlich eigenständigen Anspruch darauf, dass im Eintragungsverfahren über den herkunftsweisenden Charakter des angemeldeten Zeichens ungeachtet der Verkehrsdurchsetzung, nämlich kraft originärer Kennzeichnungskraft, entschieden wird (BGH, Beschl. v. 15. Dezember 2005, - I ZB 34/04 Tz. 9 - Porsche 911 u. - I ZB 32/04 Tz. 9).

Grabrucker

Kopacek

Richter Dr. Kortbein ist an der Unterzeichnung wegen Urlaubs verhindert.

Grabrucker

Hu