

# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 261/01

---

**(Aktenzeichen)**

## BESCHLUSS

**In der Beschwerdesache**

...

**betreffend die Marke 399 27 141**

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 15. Januar 2003 durch die Vorsitzende Richterin Winkler, Richter Sekretaruk und Richter Dr. Albrecht

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin werden die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 13. März 2000 und vom 2. August 2001 aufgehoben.

## **Gründe**

### **I.**

Die Anmeldung der Farbmarke (gelb: Pantone 13-0859TC; blau: Pantone 19-3955TC)

siehe Abb. 1 am Ende

vom 10. Mai 1999 für die Waren

Rucksäcke, Schlafsäcke, Reise- und Handkoffer, Taschen, Fototaschen, Fahrradtaschen, Packsäcke, Waschbeutel, Wander- und Spazierstöcke; Luftmatratzen; Campinggeschirr; Zelte, Seile; Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbe-

deckungen, Gamaschen; selbstaufblasbare Matten, Liegeunterlagen; Spiele, Spielzeug, Turn- und Sportartikel

hat die Markenstelle für Klasse 28 mit Beschlüssen vom 13. März 2000 und 2. August 2001 zurückgewiesen, weil die angemeldeten Waren regelmäßig eine farbliche Gestaltung aufwiesen, die der Verkehr gewöhnlich nicht als Herkunftsangabe sehe, so dass vorliegend jegliche Unterscheidungskraft der angemeldeten Farbmarke zu verneinen sei. Hieran ändere auch die Wahl eines ganz bestimmten blauen bzw. gelben Farbtons nichts, da sich der Verkehr üblicherweise an Farbnuancen nicht genau erinnern könne.

Dagegen hat die Anmelderin Beschwerde eingelegt, zu deren Begründung sie vor allem darauf abstellt, dass Farben und Farbkombinationen nicht von Haus aus jegliche Unterscheidungskraft fehle und dass keine Feststellungen darüber getroffen worden seien, warum der angemeldeten Farbmarke angesichts der üblichen Verkehrsgewohnheiten auf dem Markt gerade im Hinblick auf die beanspruchten Waren die konkrete Unterscheidungskraft abzusprechen sei. Hier läge eine spezielle Farbkombination aus einem genau bestimmten Blauton und einem genau bestimmten Gelbton vor.

Die Anmelderin beantragt,

die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamts vom 13. März 2000 und vom 2. August 2001 aufzuheben.  
Sie regt an, die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet, denn es konnte nicht festgestellt werden, dass der Marke ein Eintragungshindernis nach § 3 oder § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 MarkenG entgegensteht.

Das farbige Zeichen ist markenfähig gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG, wonach alle Zeichen, insbesondere Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen als Marken geschützt werden können, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

Die Anmeldung erfüllt auch das Erfordernis der grafischen Darstellbarkeit i.S.v. § 8 Abs. 1 i.V.m. § 3 MarkenG durch Angabe der Farbbezeichnungen nach dem Pantonefarbklassifikationssystem (vgl. BGH Mitt. 1999, 231 – magenta/grau).

Der Eintragung in das Markenregister steht auch nicht das Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) entgegen.

Unterscheidungskraft ist die Eignung einer Marke, dem Verkehr als Unterscheidungsmittel für die Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen zu dienen. Bereits eine geringe Unterscheidungskraft reicht dabei aus, um dieses Schutzhindernis zu überwinden (vgl. BGH MR 2000, 50 - Partner with the Best). Das gilt für alle in § 3 Abs. 1 MarkenG aufgeführten Markenformen gleichermaßen und zwar unabhängig davon, ob die Marke als Merkmalsbezeichnung nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen wäre oder nicht (vgl. BGH GRUR 2001, 1154, 1155 – Farbmarke violettfarben; GRUR 2002, 427 – gelb/grün). Farbmarken fehlt daher nur dann jegliche Unterscheidungskraft, wenn sie ein im Vordergrund stehendes Merkmal der Waren beschreiben (z.B. gelb für Zitronen(geschmack); blau für Tinte) oder wenn sie ersichtlich nur als werbeübliche Schmuckelemente verstanden werden (vgl. BGH BIPMZ 2000, 332, 333

- LOGO). Das ist hier nicht der Fall. Eine Marke ist ein Kennzeichen, das der Ware in irgendeiner Weise "anhaftet". Das kann z.B. ein Etikett sein, aber auch eine Farbe/Farbkombination der Ware selbst. Ob die Farbe der Ware betriebliches Kennzeichen oder nur Schmuckelement ist, hängt vom Einzelfall, nämlich von den Gepflogenheiten innerhalb der betroffenen Branche ab. Mögen z.B. technische Ersatzteile durch ihre (Haus-)Farbe nach der Verkehrsanschauung auf ein bestimmtes Unternehmen hinweisen (vgl. Senatsentscheidung GRUR 2002, 166 - grüne Kartusche), so ist die Farbgebung der hier in Rede stehenden Waren in aller Regel weder als Marke gewollt, noch wird die Farbgebung als Marke aufgefasst, da es diesen Waren eigen ist, durch alle möglichen Farben in immer neuer Zusammenstellung den Geschmackssinn der Verbraucher zu treffen (Ausnahmen können verkehrsbekannte Muster sein, z.B. Burbury-Schotten). Hier ist es hingegen üblich, die Waren mit Marken in Form z.B. eines Etiketts, etwa aus Stoff, Leder, Plastik oder Metall zu versehen, die mal innen, mal außen an der Ware oder ihrer Verpackung sichtbar angebracht sind. Solche Kennzeichen sind keine vordergründigen Merkmalsbezeichnungen für Waren, die nach der Mode durch wechselnde Farben gekennzeichnet sind, denn eine Übung, an einer farbigen Ware ein gleichfarbiges Zeichen zum Zwecke der Beschreibung der Warenfarbe anzubringen, war nicht feststellbar. Dass solche den Waren hinzugefügte Marken nur als werbeübliches Dekor aufgefasst werden, konnte gleichfalls nicht festgestellt werden.

Dass die Markenstelle aus dem Umstand, dass die angemeldete Farbgebung auch die Farbe der Ware selbst und damit nur Dekor sein könne, geschlossen hat, der Marke fehle jegliche Unterscheidungskraft, hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Im markenrechtlichen Eintragsverfahren ist für die Feststellung, ob einer Marke jegliche Unterscheidungskraft fehlt, von den Verkehrsgepflogenheiten innerhalb der jeweils betroffenen Branche auszugehen. Bloß theoretische Vermutungen und Unterstellungen reichen zur Verneinung jeglicher Unterscheidungskraft nicht aus (vgl. Althammer/Ströbele, MarkenG 6. Aufl., § 8 Rdnr. 18). Die Markenstelle hat die oben erwähnte übliche Art, die beanspruchten Waren mit Marken zu versehen, nicht berücksichtigt. Ihre enge Sichtweise zu Lasten der Anmelderin

steht auch nicht im Einklang mit dem Eintragungsanspruch eines Anmelders gemäß § 33 Abs. 2 MarkenG, der nur dann nicht besteht, wenn das Amt zuverlässige Feststellungen getroffen hat, die eine Versagung der Eintragung rechtfertigen.

Der Eintragung der Marke steht auch nicht das Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen, denn die Farbzusammenstellung gelb/blau ist keine Angabe, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, Beschaffenheit oder sonstiger Merkmale der beanspruchten Waren dienen kann. Es ist zwar möglich, etwa in einem Katalog Taschen etc. oder Farbmuster von ihnen abzubilden, um ihre Farbmerkmale zu bezeichnen. Taschen sind naturgemäß, der Mode folgend, in allen erdenklichen Farben und Farbzusammenstellungen marktfähig.

Bei den nahezu unbegrenzten Möglichkeiten, die den Wettbewerbern zur farblichen Gestaltung von Taschen etc. geboten sind, wäre es Zufall, wenn eine Farbkombination blau/gelb gerade aus den hier beanspruchten Tönen zusammengesetzt wäre und in einer Weise verwendet würde, die Anlass zu Streitigkeiten über eine markenmäßige Benutzung geben könnte. (Der Marke nur ähnliche Farbkombinationen können in die Beurteilung nicht einbezogen werden, da Abwandlungen der beanspruchten Farben nicht (mehr) unter das Eintragungsverbot des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG fallen, vgl. Ströbele a.a.O. Rdnr. 150). Eine derart fernliegende Behinderung des Wettbewerbs kann im registerrechtlich ausgestalteten Eintragungsverfahren keine Berücksichtigung finden. Mit § 23 Nr. 2 MarkenG ist das Recht aus der Marke gegenüber einer beschreiben Verwendung hinreichend abgegrenzt, so dass bei einer solchen Verwendung durch Dritte Unzuträglichkeiten nur ausnahmsweise zu erwarten sind. Das Markenregisterverfahren ist weder dazu geeignet, noch dazu vorgesehen, allen nur irgendwie denkbaren Behinderungsmöglichkeiten bereits im Eintragungsverfahren vorzubeugen, denn der Versuch einer derart umfassenden Beurteilung könnte zur Folge haben, dass – entgegen der Zielsetzung des Markengesetzes – Anmeldungen in größerer Zahl die Eintragung versagt werden müsste als dies sachlich gerechtfertigt wäre und dass

die Gleichmäßigkeit und Berechenbarkeit der Rechtsanwendung sowie allgemein eine den Bedürfnissen entsprechende Entscheidungspraxis in Frage gestellt wären (vgl. BGH BIPMZ 1998, 366, 367 – CHANGE). Der Senat vermochte aber nicht festzustellen, dass gegenwärtig die angemeldete Farbkombination als Merkmalsbezeichnung mit den beanspruchten Waren in Verbindung gebracht wird. Auch Feststellungen dahin, dass die Marke in Zukunft als Merkmalsbezeichnung dienen könnte, können mangels entsprechender Anhaltspunkte nicht getroffen werden.

Winkler

Sekretaruk

Dr. Albrecht

Fa

Abb. 1

