



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 97/04

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 302 45 400.4

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am
2. August 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die konturlose Farbmarke



rosa (Pantone 493 C)

ist am 12. September 2002 für die Waren und Dienstleistungen

"Abformmaterial für zahnärztliche Zwecke; Schokolade; Dienstleistungen eines Zahnarztes"

zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden.

Mit zwei Beschlüssen der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 2. Februar 2004 und vom 13. Mai 2004, von denen letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, wurde die Anmeldung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen, wobei das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG offen gelassen wurde.

Für die beanspruchten Waren "Abformmaterial für zahnärztliche Zwecke" habe die angemeldete Marke keine Unterscheidungskraft. Abdruckmassen würden regelmäßig eingefärbt. Die verschiedenen Farben gäben dem einschlägigen Verkehr auf dem Gebiet der Dentalmedizin und -labortechnik dabei Hinweise auf die Eigenschaften der Abdruckmassen, nicht aber auf einen bestimmten Hersteller. Die Anmelderin gehe selbst davon aus, dass die Zahnärzte anhand der Farben erkennen könnten, welche Komponenten miteinander zu vermischen seien oder welche Viskosität und Abbindezeit sie aufwiesen. Dies sei jedoch eindeutig ein Hinweis auf die Beschaffenheit und den Verwendungszweck der Waren. Die Anmelderin verweise darauf, dass anhand der Farbe erkennbar sei, um welches Material es sich handle, weshalb nicht nachvollziehbar sei, wieso trotz der von ihr selbst dargelegten Beschaffenheitshinweise die angesprochenen Verkehrskreise aus der Farbe auf den Hersteller schließen sollten. Zudem ermögliche bei Abformmassen nur eine von der Farbe der Zähne und des Zahnfleisches deutlich abweichende Farbe beim Umspritzen des zu präparierenden Zahnbereichs ein sauberes und flächendeckendes Arbeiten; bzw. nur eine kräftige zeichnungsscharfe Farbe werde bei der Sichtprüfung die Konturen des fertigen Abdrucks deutlich hervortreten lassen (so auch BPatG 30 W (pat) 287/96). Auch ästhetische Aspekte würden einfließen. Eine über die ästhetische Wirkung und den Beschaffenheitshinweis hinausgehende Aussage sei der angemeldeten Marke nicht zu entnehmen, weswegen ihr die Unterscheidungskraft mangle. Für die vergleichbare Farbe "Lila" seien die Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG für Abdruckmassen nur im Wege der Verkehrsdurchsetzung überwunden worden (BPatG 30 W (pat) 287/96).

Auch im Hinblick auf die Ware "Schokolade" weise die angemeldete Marke keine Unterscheidungskraft auf. Für Schokolade, wie überhaupt für Süßwaren, sei die Farbe lediglich ein dekoratives Verpackungselement, das den Kaufreiz fördern solle.

Letztlich gebe die angemeldete Marke auch für die beanspruchten "Dienstleistungen eines Zahnarztes" keinen Herkunftshinweis. Da es sich um unkörperliche Produkte handle, würden Dienstleistungsmarken häufig als Logo oder auf Werbeartikeln, Rezepten und Terminzetteln angebracht. Farbliche Ausgestaltungen seien dabei üblich. So würden gerade wichtige Informationen mit hervortretenden Farben gekennzeichnet. Derartige Farben würden jedoch nur als dekorative Farbgestaltung, beispielsweise als Hintergrund einer Geschäftsanzeige, oder gegebenenfalls als Hinweis auf die Wichtigkeit, nicht aber als Anbieterhinweis aufgefasst.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin mit dem Antrag (sinngemäß),

die Beschlüsse der Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts vom 2. Februar 2004 und vom 13. Mai 2004 aufzuheben.

Abformmaterialien für zahnärztliche Zwecke seien Präzisionsabformmaterialien, die Zahnärzte zur Herstellung von Zahnabdrücken bei Patienten verwendeten. Anhand dieser Abdrücke würden dann Brücken, Kronen etc. gefertigt. Die Abformmaterialien bestünden in der Regel aus einer Knetgummiähnlichen Masse, auf der keine Schriftzeichen oder Symbole angebracht werden könnten. Die Silikonabformmassen seien stets einfarbig. Sie bestünden in der Regel aus zwei verschiedenen Komponenten, die vor Gebrauch miteinander vermischt würden. Die zu vermischenden Komponenten wiesen dabei in der Regel zwei verschiedene Farbtöne auf. Die angemeldete Farbmarke diene zumindest auch der betrieblichen Herkunftskennzeichnung. Der angesprochene Verkehrskreis, der ausschließlich aus Zahnärzten, Zahnärzthelfern und Zahntechnikern bestehe, bestimme anhand

der Farbe der Abdruckmassen, von welchem Hersteller das jeweilige Material stamme. Die Farbe stelle für die Verbraucher letztlich auch die einzige Möglichkeit dar, den Hersteller zu erkennen. Der angesprochene Verkehrskreis sei hier gerade daran gewöhnt, die Herkunft der Abformmaterialien über die Farbe - und ausschließlich darüber - zu bestimmen. Habe der angesprochene Verkehrskreis anhand der Farbe den Hersteller bestimmt, könne er dann auch spezifische Eigenschaften (z. B. Viskosität, Abbindezeit) erkennen. Dies bedeute, dass der Hersteller zunächst die Farbe frei wählen könne. Dies tue er, um sich damit als Hersteller zu identifizieren. Im Rahmen dieser Farbwahl könne er dann der gewählten Farbe bestimmte Eigenschaften zuordnen, so dass der angesprochene Verkehrskreis wisse, welche Komponenten miteinander zu vermischen seien. Der bestimmte Farbton (rosa, Pantone 493 C) sei für die einzelnen technischen Daten nicht zwingend. Damit ergebe sich auch, dass die angemeldete Farbmarke nicht ausschließlich zur Darstellung der Ware, als Dekor oder als Beschaffenheitshinweis diene. Der Hinweis des DPMA, die Farbe rosa sei keine außerordentlich ungewöhnliche oder spezielle Farbe, sei unerheblich im Hinblick darauf, ob die angesprochenen Verkehrskreise in der Einfärbung des Abformmaterials mit der Farbe rosa einen Herkunftshinweis sähen, was der ständigen Rechtsprechung des BGH entspreche (BGH GRUR 2002, 538 Farbmarke violettfarben). Die angemeldete Marke sei für die Verwendung auf einem sehr spezifischen Markt bestimmt und für eine beschränkte Zahl von Waren und Dienstleistungen angemeldet. Es fehle ihr nicht jegliche Unterscheidungskraft.

Bei Schokolade sei der Verkehr daran gewöhnt, die Hersteller nach der Farbe der Schokoladenverpackung zu unterscheiden. Der Verkehr unterscheide z. B. zwischen dem "Milka"-lila und dem "Alpia"-lila. Farben seien für den Verbraucher herkunftshinweisend. Außerdem handele es sich auch hier um eine spezielle Ware.

Auch bestehe an der angemeldeten Farbmarke kein Freihaltungsbedürfnis. Für die hier angemeldeten Waren und Dienstleistungen sei die angemeldete Farbe nicht technisch bedingt. Die Hersteller achteten herkömmlicherweise darauf, dass sie bei dentalen Abformmassen unterschiedliche Farbnuancen, auch innerhalb einer Primärfarbe, verwendeten, damit es gerade nicht zu Verwechslungen komme. Dem Verkehr bzw. dem Mitbewerber stünde die gesamte Farbpalette des Pantone-Fächers, der 2 686 Farben enthalte, zur freien Verfügung. Die Gefahr, dass es für die Mitbewerber nicht genügend Farben gebe, sei damit ausgeschlossen. Darüber hinaus genüge eine allgemeine Gefahr der Behinderung von Produktgestaltungen auf dem Warenmarkt sowieso nicht, um ein mögliches Interesse der Mitbewerber einer generellen Freihaltung der Farben zu begründen.

Als Beweis dafür, dass der Verkehr bei den angemeldeten Waren die Farbe als Hinweis auf den Hersteller ansehe, hält die Anmelderin Sachverständigengutachten für geeignet.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Anmelderin ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg, denn der Eintragung des angemeldeten Zeichens steht für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen aus den von der Markenstelle im Wesentlichen bereits ausgeführten Gründen zumindest ein Schutzhindernis im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.

Unterscheidungskraft im Sinne dieser Vorschrift ist nach ständiger Rechtsprechung im Hinblick auf die Hauptfunktion der Marke, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten, die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens ge-

genüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden (vgl. zur st. Rspr. BGH GRUR 2003, 1050 – Cityservice; EuGH GRUR 2004, 674 – Postkantoor). Es muss also die Kennzeichnungskraft mit der Eignung zur Ausübung der Herkunftsfunktion verbunden sein, auch wenn eine Marke zusätzlich noch weitere Funktionen haben kann (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl. § 8 Rdn. 39).

Die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren und Dienstleistungen und zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren und Dienstleistungen abzustellen ist.

Keine Unterscheidungskraft besitzen nach der Rechtsprechung vor allem solche Marken, denen die angesprochenen Verkehrskreise für die fraglichen Waren und Dienstleistungen lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl. EuGH GRUR 2004, 674, 678 – Postkantoor). Jedoch hat der EuGH auch darauf hingewiesen, dass eine unmittelbar beschreibende Bedeutung nicht Voraussetzung für die Annahme fehlender Unterscheidungskraft ist. Vielmehr kann die Unterscheidungskraft auch aus anderen Gründen fehlen (vgl. EuGH GRUR 2004, 674 – Postkantoor; GRUR 2004, 680 – Biomild). Die Prüfung der Schutzhindernisse darf nicht auf ein Mindestmaß beschränkt werden, sondern muss streng und vollständig sein, um eine ungerechtfertigte Eintragung von Marken zu verhindern (EuGH GRUR 2003, 604 Libertel-Orange).

Die angemeldete Marke ist eine konturlose Farbmarke. Von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, kommt Farben nicht von vornherein Unterscheidungskraft zu, doch können sie diese in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet werden, eventuell infolge einer Benutzung erwerben (EuGH, GRUR 2004, 858, E 39 - blau/gelb Heidelberger Bauchemie GmbH). Dass die vorliegend angemeldete Marke infolge einer Benutzung Unterscheidungskraft erwerben haben könnte, ist nicht vorgetragen und ergibt sich auch nicht aus anderen

Gründen. Es sind auch sonst keine außergewöhnlichen Umstände ersichtlich, die eine Bejahung der Unterscheidungskraft in Bezug auf die hier angemeldeten Waren und Dienstleistungen von vorneherein rechtfertigen könnten.

Für die angemeldeten Waren "Abformmaterial für zahnärztliche Zwecke" spielen Farben zur Kenntlichmachung technischer Funktionen eine bedeutende Rolle, auch wenn der einzelne Farbton dadurch noch nicht zwingend festgelegt ist. So kann die Farbe der Abformmasse z. B. anzeigen, ob die verwendeten Komponenten korrekt vermischt sind. Die technische Funktion von Farben auf diesem Wareng Gebiet spricht dagegen, dass der Verkehr die angemeldete Farbe als Marke ansieht.

In Bezug auf die Waren "dentale Abformmassen" hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vom 22. September 2005 in einem Verletzungsverfahren (Az: I ZR 188/02) ausgeführt:

"Selbst wenn eine Farbe auf der Verpackung einer Ware oder für die Ware selbst verwendet wird, ist nur ausnahmsweise anzunehmen, dass dies herkunftshinweisend geschieht. Denn die Endabnehmer sind es nicht gewöhnt, aus der Farbe von Waren oder deren Verpackung ohne Beifügung von graphischen oder Wortelementen auf die Herkunft der Waren zu schließen, da eine Farbe als solche nach den gegenwärtigen Gepflogenheiten grundsätzlich nicht als Mittel der Identifizierung verwendet wird (EuGH GRUR 2003, 604 Tz. 65 - Libertel; BGHZ 156, 126, 136 f. - Farbmarkenverletzung I; BGH GRUR 2005, 427, 428 - Lila-Schokolade). Dies gilt auch im Streitfall, zumal die Farbgebung in dem dort angesprochenen Warenbereich die technische Anwendung unterstützt. Nach der Europäischen Norm EN ISO 4823:2000 Nr. 6.1 müssen bei dentalen Abformmassen die zur Anwendung in derselben Mischung vorgesehenen unterschiedlichen Komponenten in Kontrastfarben geliefert werden, um anzuzeigen, wann die Komponenten gründlich gemischt wurden. Dementsprechend hat auch das Bundespatentgericht in seinem die Marken Anmeldung der Klägerin betreffenden Beschluss festgestellt,

dass in dem betreffenden Warenbereich von einer funktionellen Bedingtheit von Farben auszugehen ist (BPatGE 42, 51, 53 f.). Danach sind die Anbieter der Abformmassen auf die Verwendung solcher Farbtöne angewiesen und die Abnehmer und Verwender daran gewöhnt, dass Farben technische Merkmale darstellen."

Der BGH ist in dieser Entscheidung davon ausgegangen, dass Farben bei diesen Waren regelmäßig nicht unterscheidungskräftig sind und die angesprochenen Verkehrskreise in ihnen eine technische Funktion sehen. Dies gilt gerade auch für den hier vorwiegend angesprochenen Fachverkehr.

Hinsichtlich der Dienstleistungen eines Zahnarztes ist die angemeldete Farbe ebenfalls nicht unterscheidungskräftig.

Bei Dienstleistungen ist zu berücksichtigen, dass diese selbst keine Farbe aufweisen, da sie unkörperlich sind. Andererseits geht der Verkehr - wozu auch die Mitglieder des entscheidenden Senats gehören - bei Dienstleistungen nicht von vorneherein davon aus, dass Farben, die ihm bei der Erbringung der Dienstleistungen, z. B. auf Informationsmaterial und Prospekten begegnen, einen Hinweis auf den Hersteller darstellen. Die angemeldete Farbe rosa ist geeignet, auf bestimmte Angaben aufmerksam zu machen. Sie wird daher in der Regel als Hervorhebungsmittel oder Dekoration verstanden. Daher wird auch im Zusammenhang mit den angemeldeten Dienstleistungen die angemeldete abstrakte Farbe rosa nicht als Herkunftsangabe aufgefasst.

In Bezug auf die Waren "Schokolade" hat die Markenstelle zutreffend ausgeführt, dass die Farbe rosa im einschlägigen Süßwarenbereich z. B. auf Verpackungen verwendet wird und der Verkehr ohne Verkehrsdurchsetzung in der Farbe als solcher keinen betrieblichen Herkunftshinweis sieht. Wenn der Verkehr bei einzelnen verkehrsdurchgesetzten Farben diese als Herstellerhinweis sieht, so kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass dies auch bei anderen Farben der Fall

ist, zumal die Farbgebung auf der Verpackung häufig die Funktion hat, die einzelnen Schokoladensorten zu unterscheiden.

Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente rechtfertigen keine andere Beurteilung.

Soweit die Anmelderin hinsichtlich der Unterscheidungskraft darauf abstellt und man dies zu Gunsten der Anmelderin unterstellt, dass der Verkehr bei dentalen Abformmassen an den Farben den Hersteller erkenne, heißt dies allerdings noch nicht, dass der Verkehr in der Farbe als solcher eine Marke sieht, insbesondere wenn - wie hier - Farben eine technische Funktion haben. Dass die Mitbewerber relativ frei wählen können, welche Farben sie für die jeweilige Funktion benutzen, ändert nichts an der technischen Funktion der Farben und damit am grundsätzlichen Verständnis der Verkehrskreise. (vgl. auch BGH GRUR 2004, 683 Farbige Arzneimittelkapsel). Hinzu kommt hier noch, dass die Farben des Abformmaterials jedenfalls zum Teil bei der Mischung der Komponenten entstehen, bzw. sich bei der Mischung verändern. In einem solchen Fall hat der Verkehr noch weniger Anlass, in einem bestimmten Farbton einen Herkunftshinweis zu sehen, zumal wenn dieser erst beim Gebrauch und nicht schon im geschäftlichen Verkehr in Erscheinung tritt.

Die Argumentation der Anmelderin, die Farbe der Abdruckmasse sei der Herstellerhinweis, da die Abdruckmassen keinen Stempel oder Aufdruck zur Kennzeichnung haben könnten, ist nicht nachzuvollziehen. Abgesehen davon, dass eine konturlose Farbmarke nicht zwingend nur durch Einfärbung des Produkts benutzt werden könnte, wird eine Marke häufig nur auf der Verpackung angebracht, so dass die Farbe des Produkts vom Verkehr in der Regel gerade nicht als Marke angesehen wird.

Für die von der Anmelderin angesprochene Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens besteht kein Anlass. Zunächst handelt es sich auch bei dem Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft letztlich um eine Rechtsfrage, wenngleich für ihre Beurteilung tatsächliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen können, die von Amts wegen zu ermitteln sind. Insoweit ist das BPatG auch nach dem neuen MarkenG ausdrücklich nicht an Beweisanträge gebunden (§ 73 Abs. 1 MarkenG). Die Einholung von Sachverständigengutachten zur Verkehrsauffassung kommt vor allem bei geltend gemachter Verkehrsdurchsetzung (§ 8 Abs. 3 MarkenG) in Betracht im Rahmen der Prüfung, ob die beteiligten Verkehrskreise ein Zeichen trotz originärer Schutzhindernisse etwa infolge intensiver kennzeichnender Benutzung als Marke auffassen. Dafür ist hier nichts vorgetragen und sind auch sonst keine Anhaltspunkte ersichtlich. Soweit die Anmelderin sich darauf berufen will, dass bezüglich der beanspruchten Waren und Dienstleistungen die Verkehrskreise ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände in Farben markenmäßige betriebliche Herkunftskennzeichen sehen, ist hierzu nichts vorgetragen, was weitere Ermittlungen in diese Richtung geboten erscheinen ließe. Eine solche Annahme widerspricht auch der Lebenserfahrung, was die Mitglieder des Senats nicht nur bezüglich von Schokolade und Dienstleistungen eines Zahnarztes beurteilen können, sondern auch hinsichtlich des Abformmaterials für zahnärztliche Zwecke, da hier ein allgemeiner Gesichtspunkt durchgreift, der keine einschlägigen Fachkenntnisse erfordert.

Maßgeblich für die Auffassung der Anmelderin ist nämlich die Annahme, die angesprochenen Verkehrskreise bestimmten anhand der Farbe der Abdruckmassen, von welchem Hersteller diese stammten und welche spezifischen Eigenschaften sie deshalb hätten. Ausgangspunkt ist danach die - nach dem Vortrag erst durch Mischung von Komponenten entstehende - Einfärbung des gebrauchsfertigen Endprodukts, wobei dies der Markenmeldung nicht entnommen werden kann, denn die beanspruchte Farbe könnte auch oder sogar nur für die Verpackung, Werbung usw. verwendet werden. Der angesprochene Rückschluss auf Hersteller und Wareneigenschaften würde danach erst in einem Zeitpunkt erfolgen, der nach

dem Erwerbsvorgang und dem vor Gebrauch erforderlichen Auspacken des Abformmaterials liegt und zwar unter Außerachtlassung der auf der Verpackung und den beiliegenden Produktinformationen verwendeten Marken und Sachhinweise. Dieses Vorgehen erscheint umso unwahrscheinlicher, als die Entscheidung über die patientenbezogene Verwendung eines bestimmten Produkts mit bestimmten Eigenschaften zwangsläufig vor der Mischung der Komponenten oder dem Entpacken des Abformmaterials fällt.

Im Übrigen würde auch die objektiv bestehende Möglichkeit, ein Produkt aufgrund seiner Farbgestaltung einem Hersteller zuzuordnen, aus Gründen, die der Senat bezüglich Arzneimittelkapseln ausgeführt hat (GRUR 2003, 521, 527 - Farbige Arzneimittelkapsel), nicht den Schluss rechtfertigen, der Verkehr sähe deshalb darin eine Marke. Dieser Gesichtspunkt trifft für viele Waren zu. So ist es z. B. sicher möglich, durch Farbanalyse von Autolacken auf den Hersteller zu schließen, ohne dass es deshalb gerechtfertigt wäre, die Farben von vornherein als Marken anzusehen. Auch aus diesem Grund wäre die Einholung eines Sachverständigen-gutachtens im vorliegenden Fall unbehelflich.

Auch die Ansicht der Anmelderin, es handele sich bei dem Warenbegriff "Abformmaterial für zahnärztliche Zwecke" um eine spezielle Ware, so dass das Allgemeininteresse an Farben im Sinne der Libertel-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (GRUR 2003, 604 Libertel-Orange) nicht so berührt sei wie bei einer größeren Zahl von beanspruchten Waren, vermag die Unterscheidungskraft hier nicht zu begründen. Es erscheint bereits fraglich, ob die Frage der Unterscheidungskraft von der Anzahl der angemeldeten Waren abhängig gemacht werden kann, da jeweils nur das angemeldete Zeichen in Bezug auf die einzelne Ware zu prüfen ist, und es willkürlich wäre, eine Unterscheidungskraft anzunehmen, wenn die einzelnen Waren und Dienstleistungen auf verschiedene Anmeldungen verteilt würden, sie aber abzulehnen, wenn sie in einer Anmeldung beansprucht werden. Das entsprechende Kriterium des EuGH ist dahin zu verstehen, dass um so weniger von speziellen Ausnahmetatbeständen auszugehen ist, je breiter und vielfälti-

ger der Bereich der beanspruchten Waren/Dienstleistungen ist. Insbesondere bei einer für sehr weite Oberbegriffe angemeldeten Marke wächst die Wahrscheinlichkeit, dass unter diesen Produkten und Leistungen auch solche sind, bei denen Farben als lediglich dekorative, nicht als betriebskennzeichnende Elemente aufgefasst werden (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 8 Rdn. 165). Auch kann die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft für eine ganz spezielle Ware leichter festzustellen sein. Die Anmelderin hat ganz unterschiedliche Waren und Dienstleistungen und dabei mit zum Teil weiten Oberbegriffen angemeldet und sich nicht nur auf eine Ware beschränkt. Entscheidend ist hier jedoch, dass Farben bei dentalen Abformmaterialien eine technische Funktion haben können und deshalb der Verkehr nicht von vornherein darin eine Marke sieht, selbst wenn die Festlegung, welche konkrete Farbe dafür verwendet wird, nicht zwingend ist. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass eine Schutzfähigkeit nicht schon deshalb gegeben ist, weil die Mitbewerber noch andere Möglichkeiten haben, etwas zu beschreiben (EuGH GRUR 2004, 674 Postkantoor zu Synonymen) oder zu konstruieren (EuGH GRUR 2002, 804 Philips/Remington). Auch dies spricht dafür, dass der Verkehr nicht schon deshalb in der für die technische Funktion gewählten Farbe eine Marke sieht, weil man dafür auch eine andere Farbe hätte wählen können. Auch hinsichtlich der angemeldeten "Dienstleistungen eines Zahnarztes" und den Waren "Schokolade" handelt es sich nicht um solche speziellen Dienstleistungen oder Waren, bei denen es für den Verkehr nahe läge, in einer abstrakten Farbe eine Kennzeichnung zu sehen. Farben haben hier häufig die Funktion, als Hervorhebungsmittel zu dienen, um auf einen wichtigen Hinweis aufmerksam zu machen, oder als bloße Dekoration zu dienen.

Insgesamt wird der Verkehr daher in der angemeldeten Farbe in Bezug auf die angemeldeten Waren und Dienstleistungen keine Marke sehen.

Da die Anmeldung bereits wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückzuweisen ist, kann dahingestellt bleiben, ob sie für die angemeldeten Waren und Dienstleistungen eine beschreibende Angabe im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist, wofür allerdings - insbesondere in Bezug auf die angemeldeten Waren "Abformmaterial für zahnärztliche Zwecke" - aus den oben genannten Gründen einiges spricht.

Die Beschwerde war deshalb zurückzuweisen.

gez.

Unterschriften