

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen:	29 W (pat) 61/07
Entscheidungsdatum:	13. August 2008
Rechtsbeschwerde zugelassen:	nein
Normen:	§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG § 8 Abs. 3 MarkenG

Farbmarke Sonnengelb

Die Farbmarke Sonnengelb HKS 3 ist aufgrund Verkehrsdurchsetzung für Steuerfachzeitschriften ohne demoskopische Umfrage schutzfähig.



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 61/07

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 304 37 630.2

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 13. August 2008 durch die Vorsitzende Richterin Grabrucker und die Richterinnen Fink und Dr. Mittenberger-Huber

beschlossen:

Die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 16 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 21. Dezember 2005 und vom 21. März 2007 werden aufgehoben.

Gründe

I.

Angemeldet als sonstige Markenform ist die Farbe: Sonnengelb HKS 3,



für verschiedene Waren und Dienstleistungen der Klassen 16 und 41

Elektronische Publikationen (herunterladbar) im Bereich des Steuerrechts und damit zusammenhängender Rechtsgebiete für Angehörige steuerberatender Berufe, Finanzbehörden und Finanzgerichtsbarkeit; Bücher, nämlich Fachbücher im Bereich des Steuerrechts und damit zusammenhängender Rechtsgebiete für Angehörige steuerberatender Berufe, Finanzbehörden und Finanzgerichtsbarkeit; Zeitschriften, nämlich Fachzeitschriften im Bereich des Steuerrechts und damit zusammenhängender Rechtsgebiete für Angehörige steuerberatender Berufe, Finanzbehörden und Finanzgerichtsbarkeit; Online-Publikation von elektronischen Büchern und Zeitschriften, nämlich Fachbüchern und Fachzeitschriften im Bereich des Steuerrechts und damit zusammenhängender

Rechtsgebiete für Angehörige steuerberatender Berufe, Finanzbehörden und Finanzgerichtsbarkeit; Herausgabe von Zeitschriften und Büchern, nämlich Fachzeitschriften und Fachbüchern im Bereich des Steuerrechts und damit zusammenhängender Rechtsgebiete in elektronischer Form, auch im Internet, für Angehörige steuerberatender Berufe, Finanzbehörden und Finanzgerichtsbarkeit; Bereitstellen von elektronischen Publikationen (nicht herunterladbar) im Bereich des Steuerrechts und damit zusammenhängender Rechtsgebiete für Angehörige steuerberatender Berufe, Finanzbehörden und Finanzgerichtsbarkeit.

Die Markenstelle für Klasse 16 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat die Anmeldung des Zeichens als abstrakte Farbmarke mit Erstbeschluss vom 21. Dezember 2005 und die dagegen gerichtete Erinnerung mit Beschluss vom 21. März 2007 zurückgewiesen. Sie vertritt die Auffassung, das angemeldete Zeichen sei zwar grafisch darstellbar und daher markenfähig. Auch nach der gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt erklärten Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses fehle ihm aber die erforderliche konkrete Unterscheidungskraft. Farben würden vom Publikum nicht in gleicher Weise wahrgenommen wie Wort- oder Bildmarken. Sie könnten zwar Gefühle hervorrufen, aber keine eindeutigen Informationen übermitteln. Eine Farbe könne nur dann ausnahmsweise unterscheidungskräftig sein, wenn die Farbgebung auf dem betreffenden Warengbiet erheblich vom Normalfall abweiche. Ansonsten sei dem Allgemeininteresse an der Verfügbarkeit von Farben Rechnung zu tragen. Für Bücher und Zeitschriften, und zwar auch solche mit ausschließlich steuerrechtlichem Inhalt seien Farben ein gängiges Gestaltungsmittel. Darüber hinaus würden auch andere Verlage im steuer- und wirtschaftsrechtlichen Bereich auf gelbe Farbtöne zurückgreifen. Insgesamt könne eine herkunftshinweisende Funktion nicht festgestellt werden. Für weitere amtliche Ermittlungen zur Verkehrsdurchsetzung fehle es an einer Glaubhaftmachung der intensiven Benutzung des Zeichens im Verkehr.

Die Beschwerdeführerin trägt vor, Fachliteratur werde - anders als andere Produkte - von den beteiligten Verkehrskreisen durchaus über die Farbe erkannt. Relevante Wettbewerber auf diesem Gebiet verwendeten häufig, wie auch die Beschwerdeführerin, Hausfarben zur Kennzeichnung ihrer Produkte und hätten ein entsprechendes Bedürfnis, diese markenrechtlich schützen zu lassen. Die Anmeldung erfülle zudem insbesondere nach einer weiteren Einschränkung des Verzeichnisses sämtliche Anforderungen, die durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften postuliert wurden. Sie weist weiter darauf hin, dass die Marke als immaterielles Gut ein verfassungsrechtlicher Schutzgegenstand sei, weshalb sie sich auf Art. 4 GG berufe.

Hilfsweise macht die Beschwerdeführerin die Verkehrsdurchsetzung geltend. Die relevante Branche der Steuerfachverlage sei überschaubar. Sie selbst zähle seit Jahrzehnten zu den Marktführern bei der Herausgabe steuerrechtlicher Fachzeitschriften und gebe die "N..." seit Januar 1948 kontinuierlich in der Farbe "Gelb" als Umschlagsfarbe heraus. Zudem werde die Farbe "Gelb" auch selbständig beworben. Zum Nachweis hat sie Originalhefte bzw. Kopien von Umschlagseiten ihrer steuerrechtlichen Zeitschriften von 1947 bis 2006 und verschiedene Werbeprospekte vorgelegt, nämlich

Die Antwort ist gelb.



Steuerberater Magazin:
Branche, Kanzlei, Mensch.

- ▶ **Neue Serie ab Dezember:**
Alles rund um Kauf und Verkauf von Kanzleien.
- ▶ Mit kostenlosem Download zum Berechnen des Kanzleiwerts.
- ▶ Mit TOP-Tipps von Inhabern führender Kanzlei-Börsen.

Testen Sie kostenlos unter: Fon 02323.141-940
oder www.nwb.de/go/steuerberatermagazin1

nwb GUTE ANTWORT

Job-Ticket.
Pauschalierung bei
Nichtaufgriffsgrenze?

Die Antwort ist gelb.



Neue Wirtschafts Briefe

Abheft, sicher, schnell „Die NWB“

- Das wichtigste betriebliche interne Prüfmittel
- Tägliche Informationen zu „Die NWB online“
- Seit 68 Jahren die Nr. 1 in 5000 der Fachzeitschriften

Neue Wirtschafts Briefe Fax 0202 311 442
www.nwb.de/jahrbuch

nwb GUTE ANTWORT

110

NWB

NEUE WIRTSCHAFTS-BRIEFE
für Steuer- und Wirtschaftsrecht

Heftung 1 Zweiverlagert Bonn (West) Januar 1948

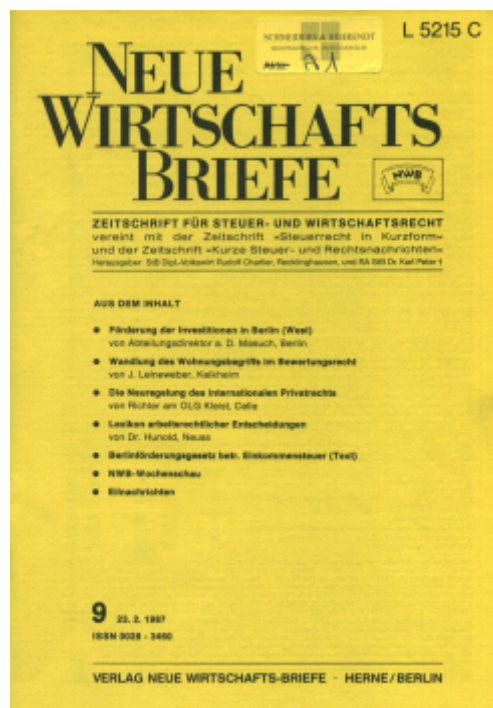
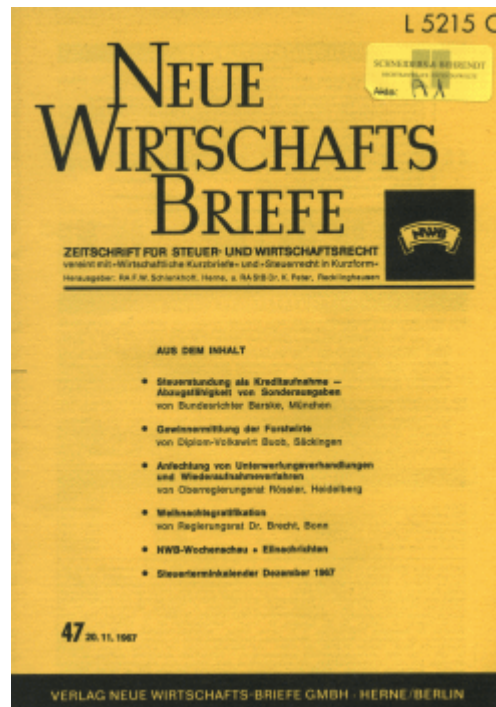
Im neuen Jahr bringen wir Ihnen:

- Die steuerliche Behandlung von Wehrmachtstrümpfen, Eisenbahn-Schäden, Kriegsschäden und Steuergesetzlesen (Art. VStZ 48 -- § 9a EStG)
- Ständung des Arbeitslohnes
- Invaliden- und Angewandtenversicherung
- Aktuelle Grundsteueränderungen
- Die Warenzugang-Verordnung
- Aktuelle Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes.

Die Einkommensteuer ab 1. Januar 1948

Im neuen Steuerjahr (Nr. 4) vom 1. 1. 1948 ist ein neues Einkommensteuergesetz in Kraft getreten, das eine Reihe von Änderungen enthält. Die wichtigsten sind:

- Steuerrate**
Die neue Einkommensteuer ist ab 1. 1. 1948 auf 25% der Einkünfte festgesetzt. Die alte Einkommensteuer betrug 25% der Einkünfte, die über 100.000 Reichsmark lagen.
- Freie Beträge**
Die neue Einkommensteuer ist ab 1. 1. 1948 auf 25% der Einkünfte festgesetzt. Die alte Einkommensteuer betrug 25% der Einkünfte, die über 100.000 Reichsmark lagen.
- Verkaufserlöse für Lohnempfänger**
Die neue Einkommensteuer ist ab 1. 1. 1948 auf 25% der Einkünfte festgesetzt. Die alte Einkommensteuer betrug 25% der Einkünfte, die über 100.000 Reichsmark lagen.
- Beiträge zu Berufsverbänden und auswärtige Aufwendungen für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte**
Die neue Einkommensteuer ist ab 1. 1. 1948 auf 25% der Einkünfte festgesetzt. Die alte Einkommensteuer betrug 25% der Einkünfte, die über 100.000 Reichsmark lagen.
- Steuerliche Rückstände**
Die neue Einkommensteuer ist ab 1. 1. 1948 auf 25% der Einkünfte festgesetzt. Die alte Einkommensteuer betrug 25% der Einkünfte, die über 100.000 Reichsmark lagen.
- Einkommensteuervorauszahlungen**
Die neue Einkommensteuer ist ab 1. 1. 1948 auf 25% der Einkünfte festgesetzt. Die alte Einkommensteuer betrug 25% der Einkünfte, die über 100.000 Reichsmark lagen.





Sie hat weiter eine Leserstrukturanalyse durch ein allgemein anerkanntes Umfrageinstitut aus dem Jahr 2006 beigefügt, bei der ... telefonische Interviews zur Nutzung von Fachzeitschriften erhoben wurden. Dabei gaben ... % der Befragten an, sie läsen die N... regelmäßig bis sehr regelmäßig. Weiter wurde eine extrem hohe Lesertreue von ... Jahren konstatiert. Die wenigen Konkurrenzzeitschriften schnitten deutlich schlechter ab.

Der Gesamtumsatz in den Jahren 2003 bis 2006 habe jeweils mehr als ... EURO betragen, die diesbezüglichen Werbekosten beliefen sich im selben Zeitraum auf ... bis ... EURO.

Im Laufe des Beschwerdeverfahrens hat die Beschwerdeführerin das Verzeichnis eingeschränkt auf

"Steuerfachzeitschriften".

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben.

Der Senat hat im Rahmen seiner eigenen Ermittlungen mit Verfügung vom 10. Dezember 2007 eine Umfrage in den relevanten Fachkreisen zu folgenden Fragen durchgeführt:

1. Was fällt Ihnen ein, wenn Sie die oben gezeigte Farbe sehen?
2. Welche Unternehmen fallen Ihnen ein, wenn Sie diese Farbe sehen?
3. Können Sie die Farbe Sonnengelb einem bestimmten Druckereierzeugnis zuordnen?
4. Spielen Farben bei der Auswahl eines Steuerfachbuchs oder einer Steuerfachzeitschrift für Sie eine Rolle?
5. Gibt es unterschiedliche Farben im Segment der Steuerfachbücher und Steuerfachzeitschriften, aufgrund deren Sie die einzelnen Verlage unterscheiden können?
Wenn ja, welche?

Zehn von elf angeschriebenen Organisationen, Finanzgerichten oder Verbänden haben sich zu den aufgeführten Fragen geäußert.

II.

Die nach § 66 Abs. 1 und 2 MarkenG zulässige Beschwerde hat in der Sache nach der Einschränkung des Warenverzeichnisses nunmehr Erfolg. Für die noch beanspruchten Waren "Steuerfachzeitschriften" hat sich die angemeldete Farbe auf Grund ihrer markenmäßigen 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 - POSTKANTOOR; 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 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).

- 1.2. Die beanspruchten Steuerfachzeitschriften sind Waren, die sich an das mit Steuerrecht befasste Fachpublikum richten, also insbesondere alle beruflich mit Fragen des Steuerrechts beschäftigten Personen (Steuerberatung, Wirtschaftsprüfung, Organe der Rechtspflege, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Bundes- und Landesfinanzbehörden, Lehrende und Studierende der betriebswirtschaftlichen und juristischen Fakultäten und Fachhochschulen [vgl. BPatG GRUR 2004, 61, 62 - BVerwGE]). Von den für die Allgemeinheit der Verbraucher bestimmten Gesetzestexten zum Steuerrecht oder Handbüchern zur Durchführung der Jahressteuererklärung, die in Buchhandlungen und Buchabteilungen großer Kaufhäuser angeboten werden, unterscheiden

sich Steuerfachzeitschriften durch die Vermittlung einer Spezialmaterie, die für den normalen Steuerpflichtigen wegen der sehr diffizilen Beschäftigung mit einer unübersehbaren Anzahl an Vorschriften im deutschen Steuerrecht über das allgemeinverständliche Maß hinausgeht. Die Internalisierung dieser Spezialmaterie wird üblicherweise nur von den mit Steuerrechtsfragen befassten Fachleuten und Studierenden geleistet, für die die aktuelle Rechtsprechung und die Anwendung der steuerrechtlichen Vorschriften von besonderer Bedeutung ist. Durch die Beschränkung der Waren in einem spezifischen Teil eines in sich abgeschlossenen, von den Kennzeichnungsgewohnheiten anderer Fachgebiete unabhängigen und somit spezifischen Marktsegments im wirtschaftlichen Sinn werden die Anforderungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften an konturunbestimmte Farbmarken wegen des Allgemeininteresses an der Nichtmonopolisierung von Farben in dieser Hinsicht erfüllt (vgl. BPatG 29 W (pat) 58/06 - Signalgelb).

- 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 steuerrechtliche Fachzeitschriften herausgeben, eine allgemeine Übung die Umschlagseiten farbig zu gestalten. Dabei wird die Farbe üblicherweise nicht als Merkmal einer bestimmten Rechtsmaterie hervorgehoben und auch kein Bezug zwischen der jeweiligen Farbe und dem herausgebenden Verlag hergestellt (vgl. Grabrucker, GRUR 1999, 850, 852; diess., WRP 2000, 1331, 1334). Nach den weiteren Feststellungen des Senats durch eine Befragung von Teilen des Fachverkehrs ist es auch nicht üblich, eine Steuerfachzeitschrift nach ihrer Farbe auszuwählen, da die Entscheidung nach dem zu behandelnden Thema getroffen wird. In der Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise verbinden sich Farbe und Ware damit zu einem einheitlichen Erscheinungs-

bild, so dass der Verkehr keine Veranlassung hat, 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; BPatG GRUR 2008, 428 - Farbmarke Rot).

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

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 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 - Windsurfing Chiemsee). Nach den getroffenen Feststellungen fasst ein erheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise die beanspruchte Farbe als Unternehmenshinweis auf, so dass die Marke als verkehrsdurchge-

setzt einzutragen ist (vgl. EuGH a. a. O. Rn. 61 – Philips; a. a. O. Rn. 52 - Windsurfing Chiemsee).

- 2.2. Die seit 1947 andauernde, nachhaltige Benutzung der Marke für die beanspruchten Waren wird durch das vorgelegte Werbematerial und die eingereichten Umschlagseiten im Zeitraum von 1947 bis 2006 bestätigt. Beides zeigt eine kennzeichnende Verwendung des angemeldeten Zeichens. Die Umschlagseiten der abgebildeten Zeitschriften sind in der beanspruchten Farbe eingefärbt, die zugleich auch als Hintergrundfarbe dominiert. Der Farbton "Gelb" wird in der Presse selbständig als herkunftshinweisendes Gestaltungselement der Produkte der Beschwerdeführerin wahrgenommen, wie z. B. "Die (gelbe) Marke NWB ist bei den Steuerprofis als Zielgruppe der Produkte gut verankert." (börsenblatt SPEZIAL März 2007, S. 24); "Der Steuerfachverlag im strahlendem Gelb verjüngt sich weiter. ..." (BuchMarkt Dezember 2006, S. 108). Daneben verwendet die Beschwerdeführerin selbst Werbetexte, in denen sie die besondere Bedeutung der Farbe "Gelb" herausstellt, wie z. B. "Gelb ist gut für Ihren Erfolg als Bilanzbuchhalter."; "Gelb ist gut für Ihren Erfolg als Steuerberater."; "Gelb ist gut für Ihren Erfolg beim Examen." (Steuer-Fachschule Dr. Endriss, Programm 2008/2009, S. 53; 97, 103; jeweils Anl. A 5). Die Bedeutung der Farbe "Gelb" wird auch dadurch hervorgehoben, dass die Beschwerdeführerin spezielle Werbeanzeigen auf zwei aufeinanderfolgenden Seiten schaltet, von denen die erste Seite überwiegend gelb ist, und lediglich eine beliebige steuerrechtliche Frage in einer Kontrastfarbe, in der Regel schwarz oder gelb in schwarz, gestellt wird (z. B. "Fragen über Fragen. Sie wollen endlich Antworten?"; "Job-Ticket. Pauschalierung bei Nichtaufgriffsgrenze?"; "Kaufen und verkaufen. Was ist meine Kanzlei wert?"). Erst auf der zweiten Seite folgt die Auflösung der gestellten Frage vor einem dominant gelben Hintergrund mit dem Slogan: "Die Antwort ist gelb." (DStR Heft 47/06, S. VII u. IX; DStR, Heft 51-52/06, S. VII u. IX; DStR, Heft 13/07, S. IX u. XI) unter Hinweis auf eine steuerrechtliche Fachzeitschrift der Beschwerdeführerin. Damit wird zwischen Ware

und Hersteller, Hersteller und Farbe und Farbe und Ware ein wechselseitiger Bezug hergestellt, der dazu führt, dass der angesprochene Verkehr die Farbe nicht als reine Warenfarbe, sondern als selbständiges Kennzeichen eines bestimmten Herstellers wahrnimmt (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). Dadurch wird ein Identifikationszusammenhang zwischen den einzelnen Kriterien hergestellt. Wird die Ware in Verbindung mit der Farbe gesehen, kann ein Zusammenhang zum Hersteller als betrieblichem Herkunftshinweis hergestellt werden.

- 2.3. Der jahrzehntelangen, ununterbrochenen Benutzung des Farbzeichens im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland steht nicht entgegen, dass die Farbe überwiegend in Kombination mit dem Firmennamen der Beschwerdeführerin bzw. anderen Kennzeichen verwendet wird. Denn der Erwerb von Unterscheidungskraft aufgrund von Verkehrsdurchsetzung erfordert nicht notwendigerweise eine eigenständige Benutzung des beanspruchten Zeichens (vgl. EuGH GRUR 2005, 763, Rn. 26 - Nestlé/Mars). Nach Auffassung des Senats gilt dies insbesondere in den Fällen, in denen das Zeichen typischerweise in der beanspruchten Branche in Kombination mit dem Firmenkennzeichen oder anderen Marken (Firmenlogos) verwendet wird. Nachgewiesen werden muss in diesem Fall, dass die maßgeblichen Verkehrskreise den fraglichen Bestandteil bei separater Benutzung als betrieblichen Herkunftshinweis verstehen (BGH GRUR 2008, 710 ff. - Rn. 38 - VISAGE). Die Beibringung eines demoskopischen Gutachtens ist dabei nicht zwingend, wenn die sonstigen Belege ausreichend sind (a. a. O., Rn. 29).

Die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen in Verbindung mit den Feststellungen des Senats sind demgemäß hinreichend. In der Branche der juristischen Fachzeitschriften und ebenso der Steuerfachzeitschriften treten diese durchgängig mit dem Namen des Verlags, seinem Logo sowie dem Titel der Zeitschrift und u. U. weiteren Kennzeichen auf (vgl. Umschlag-

seiten der Zeitschriften: MarkenR/Luchterhand; NJW/Verlag-C. H. Beck; GRUR/Verlag C. H. Beck; GiP (Gleichstellung in der Praxis)/R. v. Decker; Mitteilungen der Deutschen Patentanwälte/Carl Heymanns Verlag GmbH; Blatt für PMZ/Carl Heymanns Verlag GmbH; Deutsches Steuerrecht / Verlag C. H. Beck). Der Verkehr ist daher an die Mehrfachkennzeichnung gewöhnt - ähnlich wie bei Dach- und Zweitmarken. Diese Zweitkennzeichnung durch eine Farbe wird von der Beschwerdeführerin werblich und verbal besonders herausgestellt, so dass das angesprochene Publikum auch durch die Werbung an eine solche herangeführt wurde. Darüber hinaus wäre es paradox, eine isolierte Verwendung einer Farbe auf einer Zeitschrift ohne Text oder ohne weitere Kennzeichen zu verlangen. Insoweit ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu "VISAGE" (a. a. O.) nicht weiterführend.

Hier trifft Benutzung von Farbe und Wortmarke bzw. Firmenkennzeichen zusammen, und die Farbe dominiert jeweils deutlich. Die vom Senat durchgeführte - nicht repräsentative - Befragung des Fachverkehrs bestätigt die kennzeichnende Wirkung der Farbe. Sie hat ergeben, dass die Zuordnung durch die angesprochenen Verkehrskreise allein auf der Grundlage der Benennung der Farbe "Sonnengelb HKS-Ton 3" in der Darstellung eines gelben Rechtecks und der Benennung der Warengruppe stattgefunden hat.

- 2.4. Die vorgenannte Umfrage wurde bei verschiedenen Finanzgerichten und Steuerberaterkammern als den angesprochenen Fachverkehrskreisen durchgeführt. Sie hat eine eindeutige Zuordnung der Farbe "Sonnengelb" zur Beschwerdeführerin ergeben. Zehn der elf Institutionen haben die gestellten Fragen beantwortet. Alle Befragten konnten dabei bestimmten Verlagen für ihre steuerrechtliche Literatur bestimmte Farben zuordnen. Neun der zehn Befragten hielten "Sonnengelb" für die Farbe eines bestimmten Verlags für Steuerfachzeitschriften und konnten in Frage 4 namentlich den Verlag mit N1... Verlag benennen. Lediglich aus der Antwort eines Finanzgerichts ergab sich keine namentliche Zuordnung zum N1... Verlag, da das Gelb des N1... Verlags für dunkler gehalten wurde. Dennoch wurde Frage 2 dahin

gehend beantwortet, dass "Gelb", allerdings nicht das im Muster Vorgelegte als "Sonnengelb" benannte, zum N1...-Verlag gehöre. In entsprechend differenzierter Weise zu unterschiedlichen Gelbtönen äußerte sich der Präsident eines anderen Finanzgerichts, der "Sonnengelb" jedoch gleichfalls dem Verlag N1... (N1...) zuordnete.

2.5. Den Gesamtumsatz für mit der Farbe "Gelb" gekennzeichnete Steuerfachzeitschriften hat die Beschwerdeführerin für die Jahre 2003 mit ... EURO, für das Jahr 2004 mit ... EURO und für 2006 mit ... EURO angegeben. Die aufgewendeten Werbekosten beliefen sich im vorgenannten Zeitraum auf zwischen ... und ... EURO. Die Stückzahl an Mailings und Beilagen, mit denen "gelbe" Produkte beworben wurden, betrug durchschnittlich pro Jahr ... EURO, die Kosten für geschaltete Anzeigen ... EURO. Nach den Feststellungen der I... zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern e. V. (1. Quartal 2007) hält die Steuerfachzeitschrift der Beschwerdeführerin einen Marktanteil in Höhe von ... % im Vergleich zu anderen wöchentlich erscheinenden steuerrechtlichen Fachzeitschriften. An zweiter Stelle steht der B... Verlag mit seiner Zeitschrift "D..." und einem Marktanteil von ... %.

2.6. Angesichts der Intensität und Dauer der Benutzung in der vorstehend beschriebenen Form hat der Senat keinen Zweifel, dass die Verkehrsdurchsetzung bereits im Zeitpunkt der Anmeldung im Jahr 2004 gegeben war. Eine Verschiebung des Anmeldetags war daher nicht erforderlich (§ 37 Abs. 2 MarkenG).

Insgesamt kann daraus geschlossen werden, dass die Farbe in Alleinstellung durchgesetzt ist.

Von der Einholung eines demoskopischen Gutachtens konnte abgesehen werden, da die Ermittlungen des Senats und die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen den an eine Verkehrsdurchsetzung gestellten Anforderungen genügen. Diese können nicht nur aufgrund von demoskopischen Untersuchungen getroffen werden (vgl. EuGH a. a. O., Windsurfing Chiemsee; GRUR Int. 1999, 734 ff. - Rn. 23 f. - Lloyd; BGH GRUR 2008, 710 ff. - Rn. 28 - VISAGE; GRUR 2004, 331, 332 - Westie-Kopf; BPatG 33 W (pat) 123/04 - Warburg Bank; Ströbele/ Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 8 Rn. 347).

- 2.7. Keine Bedeutung kann der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Leserstrukturanalyse durch ein anerkanntes Umfrageinstitut aus dem Jahr 2006 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, oder sich nur zur Zeitschrift "N2..." geäußert haben.

Grabrucker

Fink

Dr. Mittenberger-Huber

Hu