



# BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 64/06

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 302 62 031.1**

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 10. Dezember 2008 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Grabrucker und der Richterinnen Fink und Dr. Mittenberger-Huber

beschlossen:

1. Die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 38 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 12. Juli 2005 und 23. März 2006 werden aufgehoben.
2. Das Verfahren wird an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückverwiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Angemeldet als sonstige Markenform ist die Farbe Grün mit der folgenden Beschreibung: „Abstrakte Farbmarke, bestehend aus konturlosem Grün (HKS 66)“,



die nach einer Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses mit Schriftsatz vom 15. September 2008 noch für

Dienstleistungen eines Internetproviders; Internet-Content-Dienstleistungen; Festnetztelefonie- und Mobilfunkdienstleistungen

in das Markenregister eingetragen werden soll.

Die Markenstelle für Klasse 38 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat die Anmeldung des Zeichens für ein deutlich umfangreicheres Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der Klassen 9, 16, 25, 28, 35, 36, 38, 41 und 42 mit Beschluss vom 12. Juli 2005 zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Erinnerung wurde durch Beschluss vom 23. März 2006 ebenfalls zurückgewiesen. Die Markenstelle führt aus, aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften könne zwar an der abstrakten Markenfähigkeit und der grafischen Darstellbarkeit von Farben kein Zweifel mehr bestehen. Die konkrete Unterscheidungskraft fehle einer konturlosen Farbanmeldung wie der vorliegenden allerdings dennoch, wenn der Farbe im Hinblick auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen ein beschreibender Anklang zukomme oder es sich um eine gebräuchliche produktbedingte oder produkttypische Farbgestaltung handle, die vom Verkehr nicht als Herstellerhinweis erkannt werde. Farben würden vom maßgeblichen Publikum anders wahrgenommen als sonstige Zeichen und nach den derzeitigen Verkehrsgepflogenheiten nicht originär als Unterscheidungsmittel eingesetzt werden. Eine originäre Unterscheidungskraft sei daher nur unter außergewöhnlichen Umständen anzunehmen, etwa dann, wenn die Zahl der beanspruchten Waren sehr beschränkt und der maßgebliche Markt sehr spezifisch sei. Selbst in der Telekommunikationsbranche hätten massiv propagierte Hausfarben erst kraft Verkehrsgeltung ihre herkunftshinweisende Wirkung erworben. Die angemeldete Farbe „Grün“ stelle bereits keine auf diesem Sektor ungewöhnliche Farbe dar, sondern bewege sich in mehreren Nuancen im Üblichen des Farbkans. Auch andere Anbieter nutzten die Farben hell- oder dunkelgrün. Angesichts des geringen farblichen Unterscheidungsvermögens von Menschen könne innerhalb der Variationsbreite der Grüntöne nicht von einer ungewöhnlichen Farbe

ausgegangen werden. Für die Dienstleistungen der Klassen 35, 36, 39, 41 und 42 mangle es insgesamt an einer Gewöhnung des Verkehrs an Farben als Herkunftshinweis. Für die beanspruchten Waren komme in den Klassen 16 und 28 hinzu, dass Farben aller Art benötigt würden und Farbigkeit eine wesentliche Eigenschaft dieser Produkte sei. Dies gelte auch in Klasse 9, da u. a. Handys aus rein dekorativen Gründen in modischen Farben angeboten würden. Auch die Einlassung der Anmelderin, dass es sich insoweit nur um Merchandising-Artikel handle, ändere an der Beurteilung der Schutzfähigkeit nichts. Der Versuch des Nachweises mittels einer Verkehrsdurchsetzung sei nicht ernsthaft unternommen worden, da die Anmelderin keine Tatsachen vorgetragen habe, die zu einer Glaubhaftmachung geeignet wären.

Die Anmelderin und Beschwerdeführerin hat dem widersprochen und Beschwerde eingelegt. Sie führt aus, das angemeldete Zeichen sei bereits originär schutzfähig, da es vor allem in der Telekommunikationsbranche eine besondere Gewöhnung des Verkehrs an Farben als Herkunftshinweis gebe. Das von ihr angemeldete „Grün HKS 66“, das sie selbst allgemeinsprachlich als „Giftgrün“ bezeichnet, habe durch intensive markenmäßige Verwendung konkrete Unterscheidungskraft gewonnen. Dies umso mehr als es sich um eine außergewöhnliche Farbe handle, die vom Verkehr mit besonderem Augenmerk aufgenommen werde. Die angemeldete Farbe habe - insbesondere im Hinblick auf das eingeschränkte Dienstleistungsverzeichnis - weder eine beschreibende noch eine dekorative Funktion. Das Kriterium des beschränkten Waren- und Dienstleistungsbereichs, das der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft postuliere, sei nur Teil einer beispielhaften Aufzählung. Die originäre Unterscheidungskraft könne auch aus anderen Umständen hergeleitet werden. Nicht überzeugend seien diese Anforderungen auch deshalb, weil durch Parallelanmeldungen mit kleinen Verzeichnissen eine Umgehung möglich sei. Die Beschwerdeführerin beschränke sich allerdings auf die für sie wesentlichen Dienstleistungen im Bereich der Klasse 38, auf die weiter beanspruchten verzichte sie. Ein Freihaltebedürfnis für Mitbewerber sei nicht erkennbar. Es gebe andere Unternehmen, die im Telekommunikationsbereich

ebenfalls die Farbe „Grün“ verwendeten, wie z. B. Debitel; GREATNET.DE; Greenet; 01045 inteliFON; E-Plus. Deren Grüntöne unterschieden sich jedoch deutlich vom ungewöhnlichen „Giftgrün“ der Beschwerdeführerin. Eine nicht markenmäßige Benutzung dieser Farbe bliebe den Mitbewerbern ohnehin unbenommen.

Hilfsweise möchte die Beschwerdeführerin die Eintragung im Wege des Nachweises der Verkehrsdurchsetzung erreichen. Sie führt aus, dass es nach der „Chiemsee“-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften nicht erforderlich sei, dass mindestens 50 % der beteiligten Verkehrskreise das benutzte Zeichen als Unternehmenskennzeichen verstünden. Lediglich ein „erheblicher Teil“ müsse die abstrakte Farbe als Unternehmenshinweis erkennen. Seit Beginn ihrer geschäftlichen Tätigkeit im Jahr 1999 bewerbe die Beschwerdeführerin ihre Dienstleistungen und Produkte mit der beanspruchten Farbe. Von Beginn an sei ihr Unternehmensgegenstand der Betrieb eines Internet- und Online-Dienstes gewesen, der Informationen aus unterschiedlichen Bereichen, einen Shopping-Dienst, einen E-Mail-Service, Speicherplatz für eine eigene Homepage u. a. im Internet bereitstelle. Es sei daher auf jeden Fall auch von einer markenmäßigen Benutzung der angemeldeten Farbmarke im Hinblick auf Internet-Content-Dienstleistungen auszugehen. Zur Frage der Benutzung der noch beanspruchten Dienstleistungen hat sie Ausdrücke von Internetseiten zum Farbauftritt der Beschwerdeführerin, Werbeanzeigen, Fotos von Messen, Auszüge aus Präsentationen, Umfrageunterlagen und diverse weitere Informationsmaterialien vorgelegt. Des Weiteren hat sie die Durchführung einer Befragung zum Nachweis der herkunftshinweisenden Wirkung von Farben im beanspruchten Marktsegment vorgelegt.

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

die Beschlüsse vom 12. Juli 2005 und 23. März 2006 auf der Grundlage des beschränkten Dienstleistungsverzeichnisses aufzuheben,

hilfsweise

die Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt zum Zwecke der Eintragung aufgrund von Verkehrsdurchsetzung zurückzuverweisen.

Das Ergebnis der vom Senat durchgeführten Recherche zur Verwendung von Farben im beanspruchten Dienstleistungssegment wurde der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung vom 12. Dezember 2007 übergeben.

## II.

Die Beschwerde ist gemäß § 66 Abs. 1 und 2 MarkenG zulässig. Der Hauptantrag war erfolglos, denn auch für die noch verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen kann nicht von originärer Schutzfähigkeit ausgegangen werden. Nach der Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses ist die Beschwerde jedoch im Hilfsantrag in der Sache begründet. Die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 38 sind aufzuheben und der Rechtsstreit gem. § 70 Abs. 3 Nr. 3 MarkenG wegen des Bekanntwerdens neuer Beweismittel zum Zwecke einer Verkehrsbefragung zurückzuverweisen. Die Beschwerdeführerin hat gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG Anspruch darauf den Nachweis zu führen, dass sich das Zeichen vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung infolge seiner Benutzung für die noch beanspruchten Dienstleistungen in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat.

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 Handel grundsätzlich nicht als Mittel der Identifizierung verwendet wird. Nur unter außergewöhnlichen Umständen kann ihr daher originäre 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).

2. Das eingereichte Farbmuster, die wörtliche Benennung der Farbe und die Angabe einer Farbklassifikationsnummer erfüllen die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften aufgestellten Anforderungen an die grafische Darstellbarkeit abstrakter Farbmarken (vgl. EuGH GRUR 2003, 604, Rn. 29 ff. - Libertel).

3. Für die Beurteilung der Schutzfähigkeit ist aufgrund der Beschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses von den „Dienstleistungen eines Internetproviders; Festnetztelefonie- und Mobilfunkdienstleistungen; Internet-Content-Dienstleistungen“ auszugehen.

3.1. Die beanspruchten „Internet-Content-Dienstleistungen“ sind zu unbestimmt und können daher nicht eindeutig klassifiziert werden (§ 65 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG i. V. m. § 20 Abs. 1 MarkenV). Als „Bereitstellung des Zugriffs auf Informationen im Internet“ sind sie der Klasse 38 zuordbar. Sollte es sich bei dem beanspruchten Begriff allerdings um „Dienstleistungen eines Internet-Content- und Host-Providers“ handeln, wären diese Klasse 42 zuzuordnen. Ursprünglich hatte die Beschwerdeführerin Dienstleistungen in beiden Klassen beansprucht, so dass - um eine unzulässige Erweiterung auszuschließen - die beanspruchte Dienstleistung näher zu bestimmen ist, damit sie entweder Klasse 38 oder Klasse 42 zuordbar ist. Dies zu klären ist Aufgabe des Deutschen Patent- und Markenamts vor Prüfung der Schutzfähigkeit und Erlass einer erneuten Entscheidung.

3.2. Für die unter Ziffer 3. genannten weiteren Dienstleistungen kann nicht von originärer Schutzfähigkeit ausgegangen werden. Das angemeldete Farbzeichen ist jedenfalls mangels Unterscheidungskraft von Haus aus nicht schutzfähig (§ 37 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Eine Eintragung ist jedoch im Wege der Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG möglich.

3.2.1. Wenn man zugunsten der Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass außergewöhnliche Umstände vorliegen, d. h. die vorgenannten Dienstleistungen jeweils Teil eines in sich abgeschlossenen, von den üblichen Kennzeichnungsgewohnheiten unabhängigen und in diesem Sinne spezifischen Marktsegments im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind (a. a. O. - Rn. 66 - Libertel), so führt dies zur Prüfung der beanspruchten Dienstleistungen auf ihre konkrete Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG hin. An dieser fehlt es hier.

3.2.2. Die Recherche des Senats hat ergeben dass, sowohl beim Internetauftritt von Providern, und zwar unabhängig davon, ob es sich um die technische Übertragungsleistung oder die Vermittlung von Content handelt, als auch im Bereich der Telefondienstleistungen eine beliebige Verwendung von Farben üblich ist.



Dies gilt auch auf dem Gebiet der Mobilfunkdienstleistungen. Dabei werden vorwiegend die Grundfarben Blau, Gelb und Rot verwendet, aber auch Orange- und diverse Grüntöne. Neben den Marktführern auf diesen Gebieten, die jeweils eine oder mehrere Farben aus diesem Farbspektrum verwenden, gibt es eine Vielzahl kleiner Anbieter, die sich in ihrem Unternehmens- oder Werbeauftritt beliebiger Farben bedienen. Die Farben werden dabei von allen zur Gliederung der Seite und zur Hervorhebung der verschiedenen Leistungsangebote und Themenbereiche eingesetzt, etwa als Hintergrundfarbe, zur farbigen Umrahmung und zur farbigen Gestaltung von Überschriften, Buttons und Reitern. Dieser Eindruck einer rein ordnenden oder dekorativen Funktion der verwendeten Farben und damit insgesamt großer Farbigkeit auch als Mittel zur Erregung von Aufmerksamkeit wird verstärkt durch die auf jeder Seite eingestellten Fotos, nämlich einerseits Werbefotos des jeweiligen Anbieters und andererseits Fotos aus dem aktuellen Tagesgeschehen, deren Farbigkeit vom dargestellten Motiv bestimmt ist. Die Farben werden daher in einer Weise verwendet, die es dem angesprochenen Verbraucher nicht ermöglicht, allein anhand der Farbgebung der Internetseite oder sonstiger Angebote den Anbieter ohne zusätzliche textliche Hinweise zu identifizieren. Er hat daher keine Veranlassung, den Farben als solchen eine betriebliche herkunftshinweisende Wirkung beizumessen (BPatG, Beschluss vom 7. Mai 2008, 29 W (pat) 58/06 - Signalgelb).

3.2.3. Die der Beschwerdeführerin vom Senat übergebenen Unterlagen zu seinen tatsächlichen Feststellungen zeigen im Bereich der Provider- und Telefondienstleistungen insbesondere im Hinblick auf den konkreten Einsatz von Grüntönen deren beliebige Verwendung als Werbefarbe, als Eye-catcher, als Hintergrundfarbe etc. Darunter finden sich auch „giftgrüne“ Farbtöne zur Erregung von Aufmerksamkeit. „Giftgrün“ ist im Marktauftritt der beanspruchten Dienstleistungen im Werbeauftritt anderer Unternehmen in unterschiedlicher Intensität zu belegen, wobei es auf geringfügige, für das menschliche Auge kaum unterscheidbare, Abweichungen nicht ankommt.

Neben der bloßen dekorativen Verwendung der Farbe Grün im Auftritt der diversen Anbieter ist auch sprachlich die symbolhafte Bedeutung von Grün in den Bezeichnungsgewohnheiten der Informations- und Kommunikationstechnologie, zu dem die Telefonie- und Internetdienstleistungen gehören, belegt. So hat sich der Begriff des „Green-IT“ als Bezeichnung für die Umweltverträglichkeit von IT-Produkten etabliert (Internet World Business, Ausgabe 18/2007, S. 30 „Green-IT‘ schont Geldbeutel“; a. a. O., 6/2008, S. 46 Foto unten Mitte: „Hauptsache grün: ... machte Sun auf das Thema ‚Green IT‘ aufmerksam ...“). Auch bezogen auf die konkret beanspruchte Farbe sieht der Senat dabei keine Anhaltspunkte, dass sie für die beanspruchten Dienstleistungen als herkunftshinweisend wahrgenommen wird.

4. Der Senat hält den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung des Zeichens im Wege der Demoskopie für möglich. Für einen Nachweis ohne Demoskopie reichen die vorgelegten Unterlagen allerdings nicht aus, weil insbesondere die Dauer der Benutzung der Farbe als herkunftshinweisend im Sinne der Entscheidungen des 29. Senats (BPatG GRUR 2008, 428 - Farbmarke Rot; Mitt. 2008, 476 - Farbmarke Sonnengelb) nicht lang genug ist und Angaben zu sonstigen relevanten Umständen wie Marktanteil, Werbeaufwand u. a. fehlen.

4.1. 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

(EuGH GRUR 2006, 1022, Rn. 75 - Wicklerform; GRUR 2002, 804 , Rn. 60 - Philips; GRUR 1999, 723, Rn. 51 - Windsurfing Chiemsee). Die Tatsache, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Ware oder Dienstleistung einem bestimmten Unternehmen zuordnen, muss auf der Benutzung des Zeichens als Marke beruhen, also auf einer Benutzung, die dazu dient, die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (EuGH MarkenR 2006, 322 - Rn. 61 f.; BGH GRUR 2008, 710 ff. - Rn. 23 - VISAGE). Der Erwerb von Unterscheidungskraft aufgrund von Verkehrsdurchsetzung erfordert dabei nicht grundsätzlich die Durchführung einer Verkehrsbefragung. Diese ist nur eines von mehreren möglichen Mitteln zu deren Feststellung (BGH a. a. O. - Rn. 28 f. - VISAGE). Reichen jedoch vorgelegte Belege zu den vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften genannten Kriterien zur Erbringung des Nachweises nicht aus, so ist die Beibringung einer demoskopischen Endverbraucherbefragung - wie angeboten - der einzig mögliche Weg (BPatG GRUR 2005, 337 - VISAGE).

4.2. Aufgrund der von der Beschwerdeführerin im Termin vom 12. Dezember 2007 eingereichten und mit Schriftsatz vom 14. August 2008 übersandten Unterlagen geht der Senat davon aus, dass die angemeldete Farbe markenmäßig für die beanspruchten Dienstleistungen verwendet wird. Die Unterlagen sind allerdings für sich genommen zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung ohne demoskopisches Umfragegutachten nicht ausreichend.

4.2.1. Zur Darlegung der Wahrnehmung einer Farbe als solcher als betrieblicher Herkunftshinweis für ein Unternehmen bedarf es konkreter Marketingmaßnahmen, die entscheidend auf den Identifikationszusammenhang zwischen Farbe, Dienstleistung und Unternehmen hinweisen. Erst wenn zwischen der Dienstleistung und dem Unternehmen, dem Unternehmen und der Farbe und zwischen Farbe und Dienstleistung ein wechselseitiger Bezug hergestellt werden kann, wird der Verkehr die Farbe nicht als rein dekoratives Element, sondern als selbständiges Kennzeichen und damit als betrieblichen Herkunftshinweis erkennen (Grabrucker,

FS Ullmann, S. 223, 235; BGH GRUR 2007, 780 - Rn. 28 - Pralinenform; GRUR 2007, 235 - Rn. 24 - Goldhase; BPatG GRUR 2008, 428 - Farbmarke Rot; BPatG Mitt. 2008, 476 - Farbmarke Sonnengelb). Dieser Identifikationszusammenhang wird bei der Beschwerdeführerin seit einem Jahr durch konkrete Werbemaßnahmen hergestellt. Die Beschwerdeführerin hat ihre geschäftliche Tätigkeit im Jahr 1999 aufgenommen. In den ersten Geschäftsjahren hat sie werblich nicht nur die Farbe Grün hervorgehoben, sondern auf die Wirkung eines Rot-/Grün-Effektes abgezielt. Ursprünglich war neben dem angemeldeten Farbzeichen „Grün HKS 66“ die Farbe Rot bestimmend in ihrer Farbgestaltung enthalten. Insbesondere der Unternehmenshinweis „freenet.de“ bzw. „freenet“ war jeweils in roten Buchstaben deutlich abgehoben auf grünem Grund zu erkennen und damit prägnant. Ihr Farbauftritt hat sich in der Folge verändert (vgl. „Präsentation zur markenbildenden Werbung zwischen 1999 und 2007“, übergeben im Termin vom 12. Dezember 2007). Erst im Jahr 2007 kam es zu einem - von der Beschwerdeführerin so bezeichneten - Brand-Refurbishment und einem Redesign mit der Folge des Verzichts auf die Kombination Rot/Grün und die alleinige Verwendung von „Grün HKS 66“ („freenet AG - Starkes Unternehmen - starke Marke.“ S. 14 - 17; übergeben im Termin vom 12. Dezember 2007). Seit diesem Zeitpunkt tritt die Beschwerdeführerin nunmehr in der Werbung und Selbstdarstellung ihrer Geschäftslokale sprachlich mit „Grün“ als einzigem Farbton auf, wie z. B. „Willkommen im grünen Bereich“, „Grünes Licht für Ihre Karriere“ (Markenbildende Werbung, S. 10). Von einer sehr langen ununterbrochenen und herkunftshinweisenden Benutzung des Farbzeichens, die die Einholung eines demoskopischen Gutachtens entbehrlich machte, kann daher nicht ausgegangen werden (vgl. BPatG GRUR 2008, 428 - Farbmarke Rot; BPatG Mitt. 2008, 476 - Farbmarke Sonnengelb; dort erfolgte eine langjährige Benutzung und Bewerbung der Farben Rot bzw. Gelb). Insoweit fehlt es an der Dauer der Benutzung als einer der Grundlagen für die Annahme einer erfolgreichen Durchsetzung auch beim Publikum im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ohne zusätzlichen Einsatz der Demoskopie. Angaben zum Werbeaufwand, dem Marktanteil der Marke und sonstigen Grunddaten mit diesem Marke-

ting für eine Verkehrsdurchsetzung der beanspruchten Farbe als solcher ohne Demoskopie fehlen gänzlich. Der Senat beurteilt im vorliegenden Fall die Benutzungssituation anders als der Bundesgerichtshof im Verfahren zu Porsche Boxster C (GRUR 2006, 679).

4.2.2. Die von der Beschwerdeführerin vorgelegte und von ihr durchgeführte Studie „Zur Ermittlung der Verkehrsgewöhnung an Farben als betrieblicher Herkunftshinweis“ kann zwar im Hinblick auf die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften geforderte „Gewöhnung des Verkehrs“ Indizwirkung haben, ist mangels der Abfrage konkreter markenmäßig benutzter und einzeln ausgewiesener Dienstleistungen hier jedoch zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nicht geeignet.

4.2.3. Für die Verkehrsdurchsetzung ist ferner zu beachten, dass ein demoskopisches Gutachten für länger zurückliegende Zeitpunkte keine zuverlässigen Feststellungen treffen wird, weil das Gedächtnis vieler Menschen den Zeitpunkt der Wahrnehmung eines bestimmten Zeichens nicht mit hinreichender Genauigkeit rekonstruieren kann. Die Rechtsprechung geht dabei von einem Zeitraum von höchstens fünf Jahren aus (BPatG GRUR 2004, 61, 63 - BVerwGE). Der Anmeldetag (18. Dezember 2002) liegt allerdings bereits mehr als fünf Jahre zurück. Zum heutigen Zeitpunkt gewonnene Erkenntnisse lassen daher nicht ohne weiteres Rückschlüsse auf die Wahrnehmung der Verbraucher im Anmeldezeitpunkt zu. Die Anmelderin müsste sich daher ggf. mit einer Verschiebung des Zeitrangs auf den Zeitpunkt der Befragung einverstanden erklären (§ 37 Abs. 2 MarkenG).

Grabrucker

Fink

Dr. Mittenberger-Huber