



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 27/14

(Aktenzeichen)

Verkündet am
25. November 2016

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2011 065 251.1

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 2016 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, der Richterin Uhlmann und des Richters Dr. Söchtig

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das Zeichen



mit der Beschreibung:

„abstrakte Farbmarke schwarz, orange (Pantone 021 C) und silber gebürstet (Pantone 877 C) zu jeweils gleichen Teilen“

ist als sonstige Markenform am 8. Februar 2012 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register für die Waren der

„Klasse 4: Brennstoffpackungen für brennstoffbetätigte Befestigungswerkzeuge

Klasse 6: Behälter aus Metall für Druckgase und flüssige Luft; Befestigungselemente, insbesondere Nägel, Klammern, Stifte mit oder ohne Kopf, und gewellte Befestigungselemente

Klasse 7: Energiebetriebene Werkzeuge zur Installation von Befestigungsmitteln

Klasse 37: Gaskartusche, Gaspatronen“

angemeldet worden.

Das Deutsche Patent- und Markenamt, Markenstelle für Klasse 6, hat die Anmeldung, nach vorausgegangener Beanstandung vom 5. März 2012, mit Beschlüssen vom 5. Februar 2013 und vom 9. Januar 2014, wobei letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dem angemeldete Zeichen fehle jegliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Der Verkehr sei auf dem in Rede stehenden Marktsektor generell an farbige Ausgestaltungen gewöhnt und würde somit auch eine ihm erstmalig begegnende Farbe nicht ohne weiteres als betrieblichen Herkunftshinweis auffassen. Es sei vorliegend auch branchenüblich, Waren in den unterschiedlichsten Farben anzubieten. Entgegen der Ansicht der Anmelderin spreche gerade dieser Umstand nicht für, sondern gegen die Unterscheidungskraft des angemeldeten Zeichens, da dadurch der Eindruck eines lediglich funktionellen oder dekorativen Gebrauchs von Farben verstärkt werde.

In Anbetracht der bestehenden Farbenvielfalt könne die angemeldete Kombination nicht auf die Herkunft der Waren hinweisen und somit keine konkrete Unterscheidungskraft besitzen. Vorliegend sei zwar eine überschaubare Zahl von Waren beansprucht, die einem kleinen Markt, jedoch nicht einem überschaubaren Warenbe-

reich zuzuordnen seien. Es sei davon auszugehen, dass selbst im speziellen Segment von Druckluftnaglern der Verkehr auch Hersteller von anderen energiebetriebenen Werkzeugmaschinen (z. B. Bohr-, Schleifmaschinen, Akkuschrauber etc.) gedanklich als Produzenten von Druckluftnaglern in Betracht ziehe. Denn die beanspruchten Waren der verschiedenen Hersteller in der Branche stünden für die Verkehrskreise in direktem Zusammenhang mit dem deutlich umfassenderen Bereich der elektronischen Werkzeugmaschinen.

Hinsichtlich der vom Anmeldezeichen beanspruchten „energiebetriebenen Werkzeuge zur Installation von Befestigungsmitteln“ zeige sich anhand zahlreicher online verfügbarer Produktkataloge, dass in den verschiedenen Baumärkten Farben bzw. Farbkombinationen als betrieblicher Herkunftshinweis keine Verwendung fänden. Auf dem speziellen Markt für Druckluftnagler gebe es eine Vielzahl von Anbietern. Diese würden die gesamte wahrgenommene Breite von Farben für Waren verwenden, wobei verschiedene Anbieter auch gleiche Farbkombinationen verwenden würden. Hierauf basierend hätten sich die maßgeblichen Verkehrskreise, die sich aus gewerblichen Abnehmern aus der Baubranche und – entgegen der Auffassung der Anmelderin – auch aus handwerklich interessierten privaten Verbrauchern zusammensetzen würden, bereits seit vielen Jahren daran gewöhnt, dass die ganze Bandbreite der Farben von vielen verschiedenen Anbietern verwendet werde. Folglich sei eine Zuordnung zu einem bestimmten Hersteller stark verwässert, sodass letztendlich keine Unterscheidungskraft gegeben sei.

Ferner liege auch keine ungewöhnliche Farbkombination vor, da zumindest die Farben orange und schwarz weitläufig in Gebrauch seien.

Hinsichtlich der Waren der Klassen 6 und 37, die auf Gasbehältnisse gerichtet seien, bestehe ein gesteigertes Allgemeininteresse dahingehend, die uneingeschränkte Wählbarkeit von Farben zu gewährleisten.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin vom 14. Februar 2014, mit der sie beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 6 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 5. Februar 2013 und vom 9. Januar 2014 aufzuheben.

Im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt hat die Anmelderin ausgeführt, dass Schutz für eine sehr beschränkte Zahl von Waren auf einem überschaubaren und sehr spezifischen Nischenmarkt in der Baubranche beansprucht werde. Die vom Anmeldezeichen erfassten Waren gehörten dabei zu der spezifischen und eingrenzbaaren Warengruppe „(Dach)befestigungsgeräte und -utensilien“. In der entsprechenden Branche habe eine Gewöhnung des Verkehrs an die herkunftshinweisende Verwendung von Farben durch die Hersteller der Waren im Sinne der Libertel-Rechtsprechung des EuGH stattgefunden. Der Verkehr bestehe dabei ausschließlich aus gewerblichen Fachabnehmern aus der Baubranche. Auf dem vorliegend relevanten Markt existierten insgesamt vier Mitbewerber, die jeweils eigene charakteristische Hausfarben zur Kennzeichnung ihrer Produkte verwendeten. Der Verkehr sei mithin daran gewöhnt, die beanspruchten Waren im Fachgroßhandel an den jeweiligen Hausfarben der Hersteller zu erkennen.

Ferner hat die Anmelderin ausgeführt, die angemeldete Farbkombination sei auch nicht beschreibend. Nicht zuletzt sei der angesprochene Verkehrskreis bereits an die beanspruchte Farbkombination als ihre Hausfarbe gewöhnt, da sie diese bereits seit dem Jahr 2003 einsetze. Auch sei die Farbkombination des Anmeldezeichens noch nicht in dem beanspruchten Warenssektor vertreten und schon gar nicht branchenüblich. Angesichts der Gewöhnung an Farbzeichnungskonzepte in dem entsprechenden Warenssektor würden die angesprochenen Fachkreise die angemeldete Farbkombination als betrieblichen Herkunftshinweis auffassen.

In der mündlichen Verhandlung vom 25. November 2016 hat die Anmelderin das Warenverzeichnis wie folgt eingeschränkt:

„Klasse 4: Brennstoffpackungen für brennstoffbetätigte Befestigungswerkzeuge

Klasse 7: gasbetriebene Setzgeräte für die Installation von Nägeln“.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist unbegründet, da der Eintragung des Anmeldezeichens das absolute Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegensteht.

1. Bei dem angemeldeten Zeichen handelt es sich um ein nach § 3 Abs. 1 MarkenG grundsätzlich markenfähiges Zeichen (vgl. EuGH GRUR 2004, 858 - Heidelberger Bauchemie). Es erfüllt auch das in § 8 Abs. 1 MarkenG aufgestellte Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit. Durch die eingereichte Wiedergabe des Anmeldezeichens, die Bezeichnung der Farben und die Angabe der konkreten Farbverteilung ist die beanspruchte abstrakte Farbmarke eindeutig definiert. Allerdings hat der EuGH statuiert, dass aus der grundsätzlichen Markenfähigkeit nicht per se auf eine hinreichende Unterscheidungskraft eines Zeichens geschlossen werden könne, da vor allem Verbraucher nicht daran gewöhnt seien, allein aus der Farbe auf die betriebliche Herkunft zu schließen. Vielmehr sehe der Verkehr in Farben gewöhnlich nur bloße Gestaltungsmittel (EuGH GRUR 2003, 604 - Libertel; GRUR 2004, 858 - Heidelberger Bauchemie).

2. Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die dem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die von der Anmeldung erfassten Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (vgl. EuGH GRUR 2012, 610, Rdnr. 42 - Freixenet; GRUR 2008, 608, Rdnr. 66 f. - EUROHYPO; BGH GRUR 2014, 569, Rdnr. 10 - HOT; GRUR 2013, 731, Rdnr. 11 - Kaleido; GRUR 2012, 1143, Rdnr. 7 - Starsat; GRUR 2012, 1044, Rdnr. 9 - Neuschwanstein; GRUR 2010, 825, Rdnr. 13 - Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2010, 935, Rdnr. 8 - Die Vision; GRUR 2006, 850, Rdnr. 18 - FUSSBALL WM 2006). Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. EuGH GRUR 2006, 233, Rdnr. 45 - Standbeutel; GRUR 2006, 229, Rdnr. 27 - BioID; GRUR 2008, 608, Rdnr. 66 - EUROHYPO; BGH GRUR 2008, 710, Rdnr. 12 - VISAGE; GRUR 2009, 949, Rdnr. 10 - My World). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (vgl. BGH GRUR 2012, 1143, Rdnr. 7 - Starsat; GRUR 2012, 1044, Rdnr. 9 - Neuschwanstein; GRUR 2012, 270, Rdnr. 8 - Link economy).

Die genannten Grundsätze finden auch bei abstrakten Farbmarken Anwendung, bei denen keine strengeren Anforderungen angelegt werden dürfen als bei anderen Markenformen (vgl. EuGH GRUR 2014, 7766 - Sparkassen-Rot). Allerdings ist bei bestimmten Markenkategorien zu beachten, dass sie vom Verkehr nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen werden wie eine herkömmliche Wort- oder Bildmarke, die ein gesondertes Zeichen darstellt und vom Erscheinungsbild der gekennzeichneten Ware unabhängig ist. Häufig schließen Verbraucher aus der Form der Ware oder ihrer Verpackung oder aus der Farbe eines Produktes nicht auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen (vgl. EuGH

GRUR 2004, 858 - Heidelberger Bauchemie; GRUR 2003, 604 - Libertel). Weiterhin ist bei abstrakten Farbmarken auch im Rahmen der Prüfung des Schutzhindernisses mangelnder Unterscheidungskraft das Allgemeininteresse an der freien Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer zu berücksichtigen (vgl. EuGH GRUR 2004, 858 -Heidelberger Bauchemie; GRUR 2003, 604 - Libertel).

Somit ist bei abstrakten Farbzeichen auch unter Zugrundelegung des oben beschriebenen großzügigen Prüfungsmaßstabs davon auszugehen, dass solchen Zeichen im Allgemeinen die erforderliche Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehlt. Eine originäre Unterscheidungskraft abstrakter Farbmarken ist lediglich in Ausnahmefällen zu bejahen. Bei diesen Zeichen ist deshalb regelmäßig zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass das angemeldete Zeichen unterscheidungskräftig ist (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 - Libertel; BGH GRUR 2010, 637 - Farbe gelb). Diese Beurteilung erfordert eine umfassende Prüfung des Verkehrsverständnisses bei der Wahrnehmung der Farbe auf dem in Rede stehenden Warenssektor und des Interesses der Allgemeinheit an der freien Verfügbarkeit der beanspruchten Farbkombination. Von Bedeutung für die Beurteilung des Schutzhindernisses mangelnder Unterscheidungskraft ist in diesem Zusammenhang auch, ob die Eintragung der Farbe als Marke für eine Vielzahl von Waren oder Dienstleistungen oder eine bestimmte Gruppe von Waren oder Dienstleistungen begehrt wird. Besondere Umstände, bei deren Vorliegen ein abstraktes Farbzeichen ausnahmsweise über Unterscheidungskraft verfügen kann, können insbesondere dann gegeben sein, wenn die Zahl der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen sehr gering und der maßgebliche Markt sehr spezifisch ist. Für Farbzusammenstellungen gelten diese Bewertungsmaßstäbe entsprechend (vgl. EuGH GRUR 2004, 858 - Heidelberger Bauchemie).

3. Ausgehend von diesen Beurteilungsmaßstäben kommt dem angemeldeten Zeichen für die nunmehr noch beanspruchten Waren nicht die für eine Eintragung erforderliche Unterscheidungskraft zu.

a) Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft ist auf die Auffassung der maßgeblichen beteiligten inländischen Verkehrskreise abzustellen, also in denen das Anmeldezeichen Verwendung finden oder Auswirkungen haben kann. Die maßgeblichen beteiligten Verkehrskreise definiert der EuGH als den Handel und/oder den normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher (vgl. EuGH GRUR 2006, 411 - Matratzen Concord/Hukla).

Die von dem Anmeldezeichen beanspruchten Waren richten sich sowohl an Fachkreise (Handwerker), aber auch an handwerklich interessierte Durchschnittsverbraucher. Die in Klasse 7 genannten Setzgeräte, wie beispielsweise Gasnagler, nebst entsprechendem Zubehör, wie es Gegenstand des Warenverzeichnisses in Klasse 4 ist (wie etwa Gaskartuschen), werden regelmäßig mittels des Internets auch nicht dem gewerblichen Bereich zuzuordnenden Verbrauchern angeboten. Die entsprechenden Geräte (sowie das Zubehör) unterscheiden sich dabei primär durch den jeweiligen Preis. Während Setzgeräte für den professionellen Einsatz zumeist hochpreisig sind und über spezielle Geschäfte für den professionellen Handwerksbedarf veräußert werden, sind die über das Internet erhältlichen korrespondierenden Geräte für handwerklich interessierte Verbraucher eher in einem niedrigeren Preissegment angesiedelt.

b) Voraussetzung für die Annahme der Unterscheidungskraft einer Farbmarke ist zunächst, dass die Zahl der beanspruchten Waren bzw. Dienstleistungen sehr beschränkt und der maßgebliche Markt sehr spezifisch ist (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 - Libertel). Denn nur in einem überschaubaren Bereich von Waren bzw. Dienstleistungen mit eigenen Kennzeichnungsgewohnheiten ist die Wahrnehmung abstrakter Farben als betrieblicher Herkunftshinweis möglich. Wenn eine Anmel-

dung zahlreiche Waren oder sehr weite Warenoberbegriffe beansprucht, besteht die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass unter diesen Produkten auch solche sind, bei denen Farben lediglich als dekorative Elemente aufgefasst werden.

Hinsichtlich der nunmehr noch verfahrensgegenständlichen Waren „Brennstoffpackungen für brennstoffbetätigte Befestigungswerkzeuge“ (Klasse 4) sowie „gasbetriebene Setzgeräte für die Installation von Nägeln“ (Klasse 7) ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um einen überschaubaren Warenbereich handelt. Dies, da von dem Anmeldezeichen nicht Befestigungsgeräte schlechthin erfasst werden, sondern nur solche, die gasbetrieben sind und zudem ausschließlich zur Installation von Nägeln verwendet werden. Die in Klasse 4 genannten Brennstoffpackungen weisen keine Beschränkung auf den Brennstoff „Gas“ auf. Ebenso unterliegt der Verwendungszweck der zu bestückenden Befestigungswerkzeuge keiner Einschränkung. Gleichwohl ist auch in Bezug auf die Waren der Klasse 4 von einem spezifischen Markt auszugehen, da die Brennstoffpackungen ausschließlich für Befestigungswerkzeuge bestimmt sind und sich auch dieser Markt als überschaubar erweist.

c) Des Weiteren kann ein Farbzeichen nur dann unterscheidungskräftig sein, wenn in dem fraglichen Marktsegment Farben grundsätzlich als betriebliche Herkunftshinweise in Betracht kommen können, wobei branchenbedingte Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Dabei sind vor allem Farben mit sachlichem Bezug zu den entsprechenden Waren zur Erfüllung der Herkunftsfunktion ungeeignet.

Im Regelfall ist davon auszugehen, dass die beteiligten Verkehrskreise Farben lediglich als dekorative bzw. sachbezogene Gestaltung der Ware bzw. deren Verpackung verstehen (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 - Libertel; GRUR 2004, 858 - Heidelberger Bauchemie). Um ausnahmsweise den kennzeichnenden Charakter einer abstrakten Farbe bejahen zu können, muss eine Branchenübung feststellbar sein, wonach Unternehmen die Verkehrskreise daran gewöhnt haben, in Farben einen markenmäßigen Hinweis auf das dahinter stehende Unternehmen

zu sehen. Dabei spricht die bloße Verwendung von unterschiedlichsten Farben im fraglichen Marktsegment für sich gesehen jedoch noch nicht für eine herkunftshinweisende Bedeutung von Farben.

Eine solchermaßen erforderliche Branchenübung ist hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Waren nicht feststellbar, was Recherchen des Senats ergeben haben, deren Ergebnisse der Anmelderin im Termin übergeben worden sind:

(1) Dies gilt zunächst hinsichtlich gasbetriebener Setzgeräte für die Installation von Nägeln, sogenannten Gasnaglern. Auf dem Markt findet sich eine Vielzahl von Farbgestaltungen, die eine Zuordnung zu dem jeweiligen Hersteller nicht ermöglichen. Beispielsweise verwendet der Hersteller Paslode für seine Geräte „IM 90i“ und „IM350“ die Farben (Hell-)Orange und Schwarz (vgl. Anlage 2 zum Protokoll vom 25. November 2016). Die nämliche Farbkombination weisen der schlauchlose Gas-Haftennagler „3854“ des Herstellers Reich sowie der GAS-DRUCKLUFT-NAGLER des Herstellers Yato auf (vgl. Seite 2 der Anlage 29 zum Protokoll vom 25. November 2016). Eine ähnliche Farbkombination, lediglich mit einem helleren Orangeton, verwenden die Hersteller TJEP (Streifennagler „FH 21/90“) und Bostitch (Kabelloser Nagler „GFN1664KU“ - vgl. Seite 1 der Anlage 29 zum Protokoll vom 25. November 2016). Diese Farben sind auch im Anmeldezeichen enthalten. Der Hersteller Hitachi, dessen Hausfarbe nach dem Vorbringen der Anmelderin „leuchtendgrün-schwarz“ ist (vgl. Schriftsatz vom 12. März 2013), verwendet für sein Produkt „NT 65 GB“ die Farben Grau und Schwarz (vgl. Anlage 3 zum Protokoll vom 25. November 2016). Auch diese beiden Farben finden sich im Anmeldezeichen wieder. Vorgenanntes Produkt belegt im Übrigen auch, dass auf dem verfahrensgegenständlichen Markt die Nagler von den relevanten Herstellern nicht durchgängig mit einer bestimmten „Hausfarbe“ versehen werden, was ebenfalls der Existenz des von der Anmelderin behaupteten Verkehrsverständnisses entgegensteht. Der Hersteller DeWalt wiederum verwendet für sein Produkt „DGN9033“ die Farben Schwarz und Gelb (vgl. Anlage 17 zum Protokoll vom 25. November 2016). In den Farben Rot und Schwarz ist das Produkt „F90G1“ des

Herstellers ALSAFIX gehalten (vgl. Seite 5 der Anlage 27 zum Protokoll vom 25. November 2016). Der Hersteller Makita versieht seine Produkte „GF600SE“, „GN900SE“ sowie „GN420CLSE“ schließlich mit der Farbkombination Blau-Schwarz (vgl. Seite 2 der Anlage 29 zum Protokoll vom 25. November 2016).

Aus den Recherchen des Senats geht im Ergebnis hervor, dass in dem verfahrensgegenständlichen Warenbereich eine Vielzahl von Farbkombinationen anzutreffen ist. Es sind jedoch keine Anhaltspunkte erkennbar, dass Unternehmen ihre Abnehmer daran gewöhnt hätten, in der Verwendung einer Farbe oder einer Farbkombination einen markenmäßigen Hinweis auf einen Hersteller zu erblicken. Gegen eine solche Annahme spricht bereits die Tatsache, dass Unternehmen ihre vermeintliche „Hausfarbe“ nicht für sämtliche vertriebenen Waren einheitlich verwenden. Weiterhin ist festzustellen, dass sich zahlreiche Hersteller speziell der Farbkombination Orange und Schwarz (entweder mit einem hellen oder einem dunklen Orangeton) bedienen, also Farben, die auch im Anmeldezeichen enthalten sind. Auch hierauf basierend ist eine Zuordnung eines Produkts zu einem bestimmten Hersteller praktisch nicht möglich, was der Annahme einer entsprechenden Branchenübung ebenfalls entgegensteht. Schließlich ist festzustellen, dass es sich bei den im Anmeldezeichen enthaltenen Einzelfarben, speziell bei den Farben Orange und Schwarz, um solche handelt, die im einschlägigen Warenbereich vielfach und bei unterschiedlichsten Herstellern Verwendung finden.

(2) Auch hinsichtlich der Waren „Brennstoffpackungen für brennstoffbetätigte Befestigungswerkzeuge“, bei denen es sich im Wesentlichen um Gaskartuschen für vorgenannte Werkzeuge handelt, haben die Recherchen des Senats ergeben, dass auf dem Markt eine Vielzahl unterschiedlicher farblicher Gestaltungen anzutreffen ist, ohne jedoch auf Grund der Farbe das Produkt einem bestimmten Hersteller zuordnen zu können.

Der Hersteller Würth verwendet für seine Gaskartusche „NG CS-2 HFB“ beispielsweise die Farben Weiß, Rot und Schwarz (vgl. Anlage 22 zum Protokoll vom

25. November 2016). Eine weitere Farbkombination, die auf dem Markt für entsprechende „Fuel Cells“ zum Einsatz kommt, ist Schwarz, Grün und Rot (vgl. Anlage 24 zum Protokoll vom 25. November 2016). Der Hersteller Powers bedient sich diesbezüglich der Farben Blau und Rot (vgl. Anlage 25 zum Protokoll vom 25. November 2016). Die Beschwerdeführerin gebraucht für ihre Gaskartuschen die Farben Schwarz, Weiß und Rot, aber auch Schwarz, Weiß, Rot und Silber bzw. Schwarz, Weiß, Orange und Silber (vgl. Seiten 1 und 2 der Anlage 27 zum Protokoll vom 25. November 2016). Der Anbieter Hitachi bevorzugt die Farben Grün und Schwarz (vgl. Seite 1 der Anlage 27 zum Protokoll vom 25. November 2016). Der Hersteller Makita bedient sich der Farben Silber, Rot und Schwarz. Der Anbieter TJEP verwendet wiederum die Farben Schwarz und Orange (teilweise auch unter Hinzufügung eines weiteren roten Bestandteils), aber auch die Farbkombination Schwarz, Orange und Gelb (vgl. jeweils Seiten 2 und 3 der Anlage 27 zum Protokoll vom 25. November 2016).

Die Rechercheergebnisse sprechen dafür, dass sich die Anbieter von Brennstoffpackungen für brennstoffbetätigte Befestigungswerkzeuge ebenfalls verschiedenster farblicher Gestaltungen für ihre Produkte bedienen. Dabei ist insbesondere festzustellen, dass einige Hersteller ihre Produkte wiederum nicht einheitlich, sondern farblich unterschiedlich kennzeichnen, wie beispielsweise die Beschwerdeführerin selbst, aber auch der Hersteller TJEP. Hierauf basierend ist für die Annahme, der Verkehr sei in dem verfahrensgegenständlichen Produktsegment daran gewöhnt, von der Farbe respektive von der Farbkombination eines Produkts auf dessen Hersteller zu schließen, gleichermaßen kein Raum.

d) Soweit die Beschwerdeführerin im Termin noch darauf hingewiesen hat, dass das Anmeldezeichen nicht nur drei Farben beinhaltet, sondern dass diese auch in einem speziellen Verhältnis im Anmeldezeichen enthalten sind (nämlich jeweils zu 1/3), vermag auch dies ein anderweitiges Ergebnis nicht zu rechtfertigen. Besteht, wie bereits ausgeführt, keine Branchenübung in der Farbe (respektive Farbkombination) der verfahrensgegenständlichen Produkte einen Hinweis auf deren Anbie-

ter zu erkennen, so gilt dies gleichermaßen auch hinsichtlich der konkreten Anordnung der jeweiligen Farben (respektive Farbkombinationen).

Die Beschwerde war daher zurückzuweisen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, eingereicht werden. Die Frist ist nur gewahrt, wenn die Rechtsbeschwerde vor Fristablauf beim Bundesgerichtshof eingeht. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Dr. Kortbein

Uhlmann

Dr. Söchtig

Ko