

# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 129/00

---

**(Aktenzeichen)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 397 38 374.6**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 6. Februar 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel sowie der Richterinnen Schwarz-Angele und Martens

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Zur Eintragung in das Markenregister für die Waren

„Fahrräder; Bekleidungsstücke, insbesondere Sportbekleidung;  
Schuhwaren, insbesondere Sportschuhe; Kopfbedeckungen;  
Turn- und Sportartikel (soweit in Klasse 28 enthalten)“

ist eine als „farbige Eintragung mit folgenden Farben“

magenta: RAL 4010 bzw Pantone Rhodamine Red U

grau: RAL 7045 bzw Cool Gray 7 U

bezeichnete Anmeldung beim Deutschen Patent- und Markenamt eingereicht worden, der ein entsprechendes Farbmuster beigefügt war. Gleichzeitig wurde Beschleunigungsantrag gestellt, jedoch zunächst weder die Anmelde- noch die Beschleunigungsgebühr bezahlt.

Die Markenstelle für Klasse 12 hat die Anmeldung ohne auf das Fehlen der Gebühren einzugehen sachlich als abstrakte Farbmarke geprüft und ihr mit Beschluß des juristischen Erstprüfers vom 2. September 1999 die Eintragung mangels Unterscheidungskraft (§ 8 Abs 1 Nr. 1 MarkenG) versagt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, die dem Bundespatentgericht erst vorgelegt wurde, nachdem der Anmelderin am 22. März 2000 doch noch ein Bescheid vom 15. März 2000 u.a. über die ausstehenden Anmeldegebühren nach § 36 Abs. 3 S. 1 MarkenG zugestellt worden war, die sodann ohne Zahlung eines Zuschlags und erst am 25 Juli 2000 entrichtet wurden.

Die Anmelderin ist hinsichtlich der Gebührenproblematik der Auffassung, die Zahlung sei von ihr rechtzeitig durch Abbuchungsauftrag bewirkt worden, dessen verspätete Ausführung vom Deutschen Patent- und Markenamt zu vertreten sei. In der Sache hält sie die angemeldete Farbkombination für eintragungsfähig, da sie sich im Verkehr durchgesetzt habe. Sie werde für die beanspruchten Waren benutzt, was sich aus den eingereichten Katalogen ergebe. Ihre Bekanntheit beruhe auf der Beliebtheit des Teams Telekom, das seit mehr als 10 Jahren in der Teamfarbe magenta/grau bei allen großen Radsport-Events auftrete. Die nicht alltägliche Farbkombination falle umso mehr auf, als sie mit den Telekommunikationsdienstleistungen der Anmelderin assoziiert werde, die ihre Unternehmensfarben auch weiterhin mit hohem finanziellen Aufwand bewerbe. Insbesondere aufgrund der vielen Fernsehübertragungen der Tour de France habe das Team Telekom unter sportinteressierten TV-Zuschauern einen Bekanntheitsgrad von 96 % erreicht, in der allgemeinen Bevölkerung liege die Bekanntheit der Anmelderin als Radsportsponsor bei 69 %.

Die Anmelderin beantragt,

den Beschluß des Deutschen Patent- und Markenamts vom 2. September 1999 aufzuheben und die Eintragung der Marke zu verfügen.

## II.

Die Beschwerde der Markenanmelderin ist zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet.

1. Was den Streit über die Zahlung der Anmeldegebühr betrifft, gilt die Anmeldung nach dem zum damaligen Zeitpunkt geltenden Recht nicht als zurückgenommen, da der Gebührenbescheid des Amtes vom 15. März 2000 fehlerhaft war. Der dort von der Anmelderin als zu zahlen ausgewiesene Gesamtbetrag einschließlich Zuschlag enthielt u.a. auch die Gebühr für die von der Anmelderin beantragte beschleunigte Prüfung nach § 38 Abs. 2 MarkenG. Diese ist indes keine Anmeldegebühr nach § 32 Abs. 4 MarkenG und unterfällt bei Nichtzahlung mithin nicht der Sanktion des § 36 Abs. 3 S. 1 MarkenG, sondern allein § 38 Abs. 2 S.2 MarkenG. Entsprechend der Gebührenbescheid des Amtes daher nicht der materiellen Rechtslage, konnte er zwangsläufig keine Rechtswirkung entfalten, so daß die Zahlung der Gebühren ohne Zuschlag im Juli 2000 nicht als verspätet zu bewerten ist.
2. Die angemeldete Marke ist zutreffend wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft (§ 8 Abs 2 Nr. 1 MarkenG) von der Eintragung ausgeschlossen worden. Gerade im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren, die sich wie Bekleidungsstücke aber auch Fahrräder und sonstige Sportartikel im weiteren Sinne von Natur aus in unterschiedlichen Farben oder Farb-

kombinationen auf dem Markt präsentieren, ohne daß dies von Haus aus auf einen bestimmten Hersteller oder Vertreiber dieser Waren hinweist, liegt dieses Eintragungshindernis auf der Hand. Für die von der Anmelderin gewählte konkrete Farbkombination kann vorliegend nichts anderes gelten, da es sich zB bei dem Farbton magenta im Zusammenhang mit den Waren zwar um eine auffallende, nicht aber ungewöhnliche Farbgebung handelt.

3. Die Voraussetzungen für die Annahme oder zumindest näheren Prüfung einer Verkehrsdurchsetzung gem § 8 Abs 3 MarkenG, auf die sich die Anmelderin im Beschwerdeverfahren nur noch beruft, sind nach der Aktenlage nicht gegeben.

Bei der Prüfung, ob sich die beanspruchte abstrakte Farbkombination im Verkehr durchgesetzt hat, ist von einer Gesamtschau aller Gesichtspunkte auszugehen, die zeigen können, dass die Marke Unterscheidungseignung erlangt hat. Dazu gehören einmal alle Maßnahmen des Anmelders, seine Marke auf dem Markt zur Geltung zu bringen, wie zB der von der Marke gehaltene Marktanteil und die mit ihr erzielten Umsätze, die Intensität, die geographische Verbreitung und die Dauer der Benutzung der Marke sowie der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke. Sodann bedarf es auf der anderen Seite eines Nachweises, dass die Bemühungen des Anmelders beim Verkehr Erfolg im Sinne eines Feed-back gehabt haben. Die Maßnahmen müssen zumindest bei einem maßgeblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise und Mitbewerber angekommen sein, was sich durch Erklärungen von Industrie- und Handelskammern wie auch im Wege demoskopischer Befragungen über die Bekanntheit der Marke belegen lässt (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 – CHIEMSEE, TZ 51).

Wird wie vorliegend die Verkehrsdurchsetzung einer angemeldeten Marke erstmals im Beschwerdeverfahren geltend gemacht, hat der Anmelder zunächst deren Voraussetzungen nach Maßgabe der vorstehenden Kriterien schlüssig darzulegen

und zu belegen. Diese Glaubhaftmachung erfordert mithin Angaben, aus denen sich ergibt, in welcher Form, für welche Waren, von wem, in welchem Gebiet und Umfang sowie seit wann die angemeldete Farbkombination im Verkehr nach Art einer Marke eingesetzt worden ist. Hierfür geeignete Belege sind insbesondere Warenkataloge, Preislisten, Werbematerial sowie Angaben über Umsätze und Werbeaufwendungen; eine bedeutende Rolle können in diesem Stadium auch vom Anmelder in Auftrag gegebene Verkehrsbefragungen spielen. Sinn dieses ständiger Rechtsprechung entsprechenden Verfahrens der vorherigen Glaubhaftmachung ist es zu verhindern, daß in von vornherein aussichtslosen Fällen arbeits- und kostenaufwendige Ermittlungen insbesondere in Form amtlicher Befragungen durch das Patentamt angestellt werden müssen, die erkennbar nicht zum Erfolg führen können. Das bedeutet aber umgekehrt, daß an die vorherige Glaubhaftmachung keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen, zumal andernfalls auch der Eintragungsanspruch des Anmelders nach § 33 Abs 2 MarkenG unterlaufen würde.

Die Ausführungen der Anmelderin und die von ihr vorgelegten Unterlagen zur behaupteten Verkehrsdurchsetzung genügen selbst diesen minimalen Anforderungen nicht, so daß für den Senat keine Veranlassung besteht, dieser Frage weiter und insbesondere im Wege amtlicher Ermittlungen nachzugehen. Soweit das vorgelegte Prospektmaterial überhaupt die beanspruchten Waren enthält („Team Telekom Equipment und Support“, Katalog April/September 2001), zeigt es keine durchgängige markenmäßige Benutzung der Farbkombination an den beanspruchten Waren und schon gar nicht über eine längere Zeit vor dem Anmeldetag. Zweifel sind insbesondere bei Bekleidungsstücken angebracht, bei denen eine markenmäßige Benutzung regelmäßig auf dem Einnähetikett oder aber mittels Emblem auf der Brusttasche erfolgt. Angaben bezüglich der mit den Waren erzielten Umsätzen über mehrere Jahre fehlen ganz. Konkret auf diese Waren bezogene Umsatzzahlen und Werbeaufwendungen können nicht dadurch ersetzt werden, daß sich die Anmelderin auf die ihrer Marke im Zusammenhang mit Telekommunikationsdienstleistungen attestierte Verkehrsbekanntheit (vgl. u.a.

32 W (pat) 72/97 bzw 29/97) beruft. Zwar mag die Anmelderin darüberhinaus als Sponsor des Radsport-Teams Telekom bekannt sein. Die in diesem Zusammenhang vorgelegten Umfrageergebnisse enthalten aber weder eine Aussage über den Warenvertrieb seitens der Anmelderin, noch kann daraus zwangsläufig zugunsten der Anmelderin auf eine Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke für den Vertrieb von Waren der Klassen 12, 25 und 28 geschlossen werden. Auch die große Popularität des Radrennfahrers Jan Ulrich und die umfangreiche Berichterstattung, zB über die Tour de France, sind nicht geeignet, angesichts eines Verkehrs, der mit Marken eher flüchtig umgeht und diese keiner näheren Analyse unterzieht, sich unmittelbar auf die Bekanntheit der Farbmarke für im weitesten Sinne Waren des Radsports auszuwirken. Soweit die Anmelderin vorträgt, sie kennzeichne ihre Sportartikel zusätzlich mit der Wortfolge „Team Telekom“ folgt daraus nicht ohne weiteres, daß die unterstellte Bekanntheit dieses Schriftzugs auch auf die beanspruchte Farbkombination quasi abfärbt, zumal bei Produkten des allgemeinen Bedarf sich der Verkehr in erster Linie an der Produktbezeichnung und der Herstellerangabe orientiert und die verschiedenen Erzeugnisse nicht ausschließlich an der äußeren Gestaltung der Ware, insbesondere ihrer farblichen Aufmachung, herkunftskennzeichnend unterscheidet (vgl BGH WRP 2001, 534 Leitsatz – „Viennetta“).

Für die Behauptung, die angemeldete Marke habe sich im Verkehr für die beanspruchten Waren durchgesetzt, fehlt es daher trotz eines ausdrücklichen Hinweises des Senats an ausreichendem und schlüssigem Sachvortrag seitens der anwaltlich vertretenen Anmelderin, so daß ihre Beschwerde zurückzuweisen war.

Stoppel

Schwarz-Angele

Martens

Bb