



BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 208/01

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 399 19 999.3

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 8. Juli 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Winkler, des Richters Baumgärtner und der Richterin Dr. Hock

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 19 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 17. Oktober 2000 und 31. Mai 2001 aufgehoben.

G r ü n d e

I

Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist am 8. April 1999 die Anmeldung einer Marke für die Waren

„Rohre aus Polypropylen für die Trinkwasserversorgung und Heizungs- und Klimaanlageanlagen in Wohn-, Büro- und Industriegebäuden“

zur Eintragung in das Register eingereicht worden. Auf dem Anmeldeformular wurde das Kästchen „Sonstige Markenform“ angekreuzt und daneben „Farbmarke“ geschrieben. Der Anmeldung lag folgende Beschreibung bei:

„Die Marke besteht aus 4 schmalen Streifen in dem der Farbe RAL 1704040 entsprechenden Grünton und 4 breiten Streifen in dem der Farbe RAL 1506040 entsprechenden Grünton, die zusammen, im Wechsel nebeneinander liegend, die gesamte Oberfläche der im Warenverzeichnis der Marke genannten Rohre bilden, wobei sie jeweils in Längsrichtung der Rohre verlaufen. Die breiten Streifen sind jeweils 7 mal so breit wie die schmalen Streifen“.

Auf die Beanstandung der Markenstelle vom 25. Juni 1999 hat die Anmelderin am 16. September 1999 folgende Markendarstellung nachgereicht:

siehe Abb. 1 am Ende

Die Markenstelle für Klasse 19 hat die Anmeldung durch Beschluß vom 17. Oktober 2000 zurückgewiesen und diese Entscheidung mit Erinnerungsbeschluß vom 31. Mai 2001 bestätigt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, daß es der angemeldeten Marke an der erforderlichen Unterscheidungskraft fehle und ein Freihaltungsbedürfnis bestehe (§ 8 Abs 1 Nr 1 und 2 MarkenG). Farben und Farbzusammenstellungen würden im Verkehr im Zusammenhang mit Waren und Dienstleistungen regelmäßig als Mittel zur äußeren Gestaltung der Ware, ihrer Verpackung oder von Geschäftspapieren, Werbeträgern uä eingesetzt. Rohre in verschiedensten Farben und Farbzusammenstellungen seien nach Kenntnis der Markenstelle branchenüblich, ein Rückschluß aus einer Farbe auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb sei daher nicht eindeutig möglich. Die angemeldete Marke könne angesichts einer „Welt voller Farben“ beim Publikum keine Vorstel-

lung über die herkunftshinweisende Funktion entwickeln und damit keine konkrete Unterscheidungskraft besitzen.

Hiergegen hat die Anmelderin Beschwerde eingelegt. Sie beantragt,

die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben.

Hilfsweise regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

Sie trägt vor, daß es auf dem Markt der Kunststoffrohre für die Trinkwasserversorgung und für Heizungs- und Klimaanlage üblich geworden sei, die Produkte der einzelnen Hersteller durch ihre Farbe voneinander zu unterscheiden. Insbesondere von Bedeutung sei dies bei Erweiterungen oder Reparaturen von bestehenden Installationen, wo der beauftragte Installateur schnell und zweifelsfrei erkennen müsse, welches System verlegt worden sei, damit er für die Erweiterung oder Reparatur die entsprechenden Komponenten verwenden könne. Aber auch bei Neuinstallationen sei eine solche schnelle und sichere Zuordnungsmöglichkeit zumindest immer dann erforderlich, wenn ein Installateur Systeme mehrerer Hersteller/Anbieter auf Lager habe, da nur dann vermieden werden könne, daß unbeabsichtigt Komponenten unterschiedlicher Systeme miteinander verbunden würden. Aus diesen Umständen folge zwangsläufig, daß auf dem Markt der Rohre aus Polypropylen für die Installation in Gebäuden die Farbe nicht nur nicht mehr der Unterscheidungskraft entbehre, sondern daß sie in besonderem Maße unterscheidungskräftig geworden sei, da sie die herausragende Rolle für die Zuordnung der Ware zu einem bestimmten Geschäftsbetrieb spiele.

Die vom Senat ermittelten Unterlagen stünden dem ebenso wenig entgegen wie die vom Senat durchgeführten Verbandsanfragen. Soweit der Senat farbige Streifen bezüglich Rohren ermittelt habe, seien diese anderen Märkten zuzuordnen, es handle sich nicht um Rohre aus Polypropylen für die Trinkwasserversorgung und Heizungs- und Klimaanlage in Gebäuden.

Der Senat hat Auskünfte bei folgenden Verbänden eingeholt:

1. Kunststoffrohrverband e.V. (KVR)
2. Bundesverband der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft
3. Kommunale Vereinigung für Wasser-, Abfall und Energiewirtschaft e.V.
4. Deutscher Großhandelsverband Haustechnik
5. Zentralverband Sanitär-Heizung-Klima.

Wegen des Inhalts der Verbandsauskünfte und weiterer Einzelheiten wird auf die Akten Bezug genommen.

II

Die Beschwerde ist begründet.

Nach Auffassung des Senats sind bei der angemeldeten Marke die Voraussetzungen der Markenfähigkeit unter Berücksichtigung der Grundsätze, wie sie vom Bundesgerichtshof sowie nunmehr auch vom Europäischen Gerichtshof entwickelt worden sind, erfüllt. Die angemeldete Marke ist auch unterscheidungskräftig und nicht freihaltungsbedürftig, so daß ihrer Eintragung gemäß §§ 33 Abs 2, 41 MarkenG keine absoluten Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 oder 2 MarkenG entgegenstehen.

1. Gegenstand der Anmeldung ist eine Farbmarke, die aus breiten hellgrünen und schmalen dunkelgrünen Streifen in genau bezeichneten RAL-Farben besteht und welche die Oberfläche der als Waren angemeldeten Rohre aus Polypropylen für die Trinkwasserversorgung und für Heizungs- und Klimaanlageanlagen bildet. Prüfungsgegenstand ist vorliegend also die Aufmachung der Ware in zwei Farben und damit eine sogenannte „konkrete Aufmachungsfarbmarke“.

Solche Aufmachungsfarbmarken sind bisher vom Bundesgerichtshof und in der Literatur als grundsätzlich markenfähig im Sinne von § 3 Abs 1 MarkenG angesehen worden (BGH, GRUR 2002, S 538 ff - grün eingefärbte Prozessorengehäuse, Ströbele/Hacker MarkenG 7. Aufl, § 3 Rdn 28 mwN). Eine abweichende Würdigung ist auch unter Berücksichtigung des Urteils „Farbe Orange“ des Europäischen Gerichtshofs (MarkenR 2003, 227 ff.) nicht veranlaßt. Der diesem Urteil zugrunde liegende Fall unterscheidet sich zwar vom vorliegenden Fall dahingehend, daß der Europäische Gerichtshof über die begehrte Eintragung einer konturlosen, aus einer Farbe bestehenden Marke zu entscheiden hatte, während vorliegend eine zweifarbige Aufmachungsfarbmarke Verfahrensgegenstand ist (zur Frage der Markenfähigkeit einer aus 2 Farben bestehenden sog „(abstrakten) Farbmarke“ siehe demgegenüber auch die EuGH-Vorlage des Senats in GRUR 2002, 429). Dem Urteil „Farbe Orange“ sind jedoch für die Beurteilung der Markenfähigkeit von Farbmarken im allgemeinen folgende Grundsätze zu entnehmen:

Grundsätzlich kann eine Farbe als solche in Bezug auf eine Ware oder Dienstleistung ein Zeichen sein, wenn eine graphische Darstellung es ermöglicht, das Zeichen insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen sichtbar so wiederzugeben, daß es genau identifiziert werden kann (EuGH aaO S 230 Ziff 27 f). Um diese Funktion erfüllen zu können, muß die graphische Darstellung klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv sein. Ein bloßes Farbmuster entspricht diesen Anforderungen allein deshalb nicht, weil es sich mit der Zeit verändern kann. Die Bezeichnung einer Farbe nach einem internationalen anerkannten Kennzeichnungscode kann jedoch als graphische Darstellung angesehen werden.

Ausgehend von diesen vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Anforderungen zur konturlosen Farbmarke ist vorliegend festzustellen, daß die Voraussetzungen der Markenfähigkeit gemäß § 3 Abs 1 MarkenG für die hier zu beurteilende Aufmachungsfarbmarke jedenfalls noch erfüllt sind. Denn die Beschwerdeführerin hat zusammen mit der Anmeldung eine Beschreibung der Marke einge-

reicht und ausgeführt, aus welchen RAL-Farben diese besteht. Die Konkretisierung der Aufmachung auf die beanspruchten Rohre aus Polypropylen läßt die graphische Darstellung insbesondere als ausreichend klar, eindeutig, in sich geschlossen, verständlich und objektiv erscheinen. Namentlich den Anforderungen, die im Hinblick auf die Rechtssicherheit gestellt werden müssen, wird die angemeldete Marke insoweit daher gerecht.

2. Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft als der einer Marke innewohnenden konkreten Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfaßten Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefaßt zu werden, ist grundsätzlich ein großzügiger Maßstab anzulegen, dh jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um dieses Schutzhindernis zu überwinden (stRspr vgl BGH MarkenR 2000, 48 - Radio von hier; MarkenR 2000, 50 - Partner with the Best). Dies gilt unterschiedslos für alle Markenformen, also auch für Farben und ebenso für die sonstigen erst durch das Markengesetz eingeführten neuen Markenformen, bei denen der Bundesgerichtshof keinen Anlaß gesehen hat, strengere Anforderungen an die Unterscheidungskraft zu stellen, als bei herkömmlichen Markenformen (stRspr vgl BGH GRUR 2001, 1154 - Farbmarke violettfarben; BGH GRUR 2002, 538 - grün eingefärbte Prozessorengehäuse). Kann einer farbigen Warenaufmachung kein für die in Frage stehenden Waren im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden und handelt es sich bei der Aufmachung auch nicht um eine dekorative Gestaltung, so daß sie vom Verkehr stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird, so gibt es keinen tatsächlichen Anhalt dafür, daß einer als Marke verwendeten farblichen Warenaufmachung die Unterscheidungseignung und damit jegliche Unterscheidungskraft fehlt (BGH aaO - Farbmarke violettfarben; BGH aaO - grün eingefärbte Prozessorengehäuse).

Unter Berücksichtigung des Urteils „Farbe Orange“ des Europäischen Gerichtshofs aaO ist allerdings zu berücksichtigen, daß ein Zeichen, das aus einer Farbe als solcher besteht, vom maßgeblichen Publikum nicht notwendig in der gleichen

Weise wahrgenommen wird wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der Ware, die die Marke kennzeichnet, unabhängig ist. Denn - so hat der Europäische Gerichtshof ausgeführt (aaO S 233 Ziff 65) - die Verbraucher seien es nicht gewöhnt, aus den Farben von Waren oder ihrer Verpackung ohne graphische oder Wortelemente auf die Herkunft der Waren zu schließen, da eine Farbe als solche nach den derzeitigen Gepflogenheiten des Handels grundsätzlich nicht als Mittel der Identifizierung verwendet werde. Daß einer Farbe als solcher unabhängig von ihrer Benutzung Unterscheidungskraft zukomme, sei nur unter außergewöhnlichen Umständen vorstellbar, wenn etwa die Zahl der Waren, für die die Marke angemeldet wird, sehr beschränkt und der maßgebliche Markt sehr spezifisch ist.

Auch soweit diese Ausführungen eine gewisse Zurückhaltung für die Bejahung einer - ohne Benutzungshandlungen - erworbenen Unterscheidungskraft von Farben als solchen und möglicherweise farblichen Ausgestaltungen nahelegen, sind die Voraussetzungen hierfür vorliegend erfüllt.

Im entscheidungserheblichen Warenbereich der Rohre aus Polypropylen für die Trinkwasserversorgung, Heizungs- und Klimaanlageanlagen in Wohn-, Büro- und Industriegebäuden sind Einfärbungen der auf dem Markt angebotenen Produkte in Deutschland zwar durchaus bekannt und gebräuchlich, wie der Senat anhand umfangreicher Ermittlungen nachgewiesen hat. Demnach gibt es Rohre von verschiedenen Herstellern in verschiedenen Farben (vgl beispielsweise, www.polo-plast.com: Rohre in Rostbraun, www.rehau.de: Rohre in braun bzw weiß; www.wieland.de: Rohre in rot mit einem dunklen Streifen; www.f-w-hundhausen.de: Rohre in schwarz, mit blauen Kennstreifen; www.wkt-online.de: Rohre in schwarz mit blauen bzw mit braunen Streifen; Prospekt der Firma G...: Rohre in schwarz mit blauen, orange-gelben, braunen und grünen Streifen). Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang aber, daß es sich insgesamt um einen relativ engen Markt handelt, auf dem vergleichsweise wenige Firmen ihre Produkte anbieten und in dem eine zusätzliche Differenzierung zwischen Rohranbietern für

die Trinkwasserversorgung und Heizungs- und Klimaanlage in Gebäuden einerseits und für die Erdverlegung von Rohren andererseits erforderlich ist. Entsprechende Rohre für den Außenbereich sind lediglich für die Kaltwasserverlegung und nicht für die Warmwasserverlegung im Hause geeignet.

Insgesamt ergibt sich aus den umfangreichen Recherchen des Senats, daß auf dem hier einschlägigen Warengbiet nahezu jede Firma ein bestimmtes System von Rohren mit einer eigenen Farbgebung anbietet. Dementsprechend ist zu erwarten, daß die angesprochenen Verkehrskreise, hier im wesentlichen Fachkreise aus dem Bauwesen, Rohre in bestimmten Farbgebungen einem konkreten Anbieter zuordnen. Aus technischer Sicht wird eine derartige Entwicklung von den beteiligten Kreisen auch als wünschenswert angesehen werden, weil im Falle von Erweiterungen oder Reparaturen ohne weiteres erkannt werden kann, welches Rohrsystem im konkreten Fall Verwendung gefunden hat. Aus diesem Grunde ist die staatliche Versuchsanstalt für Kunststoff- und Umwelttechnik in Österreich bereits dazu übergegangen, eine vom Hersteller gewählte Farbe als Teil seiner Registrierung nach dem entsprechenden dort geltenden Farbensystem zu registrieren (vgl Ö-NORM B 5174 S 6). Zwar hat der Senat bei seinen Recherchen feststellen können, daß auch Streifen, sogar grüne Streifen von anderen Herstellern im Rahmen ihrer Farbgebung Verwendung finden; die hier gewählte Farbkombination oder eine dieser Kombination entsprechend ähnliche Farbgestaltung konnte der Senat jedoch nicht nachweisen. Insbesondere nach den vom Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der farblichen Gestaltung dreidimensionaler Marken aufgestellten Grundsätzen (vgl BGH grün eingefärbte Prozessoren-Gehäuse aaO) und den Grundsätzen des Europäischen Gerichtshofes in der Entscheidung Farbe Orange rechtfertigen die getroffenen tatsächlichen Feststellungen zu den Marktverhältnissen eine Verneinung der konkreten Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke daher nicht.

3. Nach § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG sind von der Eintragung weiter solche Marken ausgeschlossen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, die im Verkehr ua zur

Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung oder der Bezeichnung sonstiger Merkmale der in Frage stehenden Waren dienen können. Dabei ist davon auszugehen, daß ein Eintragungshindernis auch dann besteht, wenn eine Benutzung als Sachangabe bisher noch nicht erfolgt, jedoch nach den Umständen erfolgen wird (vgl BGH GRUR 1995, 408, 409 - PROTECH). Diese Grundsätze gelten auch für Farbmarken (vgl Ströbele/Hacker aaO § 8 Rdn 417).

Wie bereits ausgeführt, ist die Verwendung der hier angemeldeten Farbgestaltung bei Rohren aus Polypropylen für die Trinkwasserversorgung bzw für Heizungs- und Klimaanlageanlagen nicht üblich und auch nicht nachweisbar. Von einem auf gegenwärtiger Benutzung beruhenden Freihaltungsbedürfnis kann daher nicht ausgegangen werden. Ebenso wenig liegen hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, daß in Zukunft eine entsprechende Verwendung der angemeldeten Aufmachungsfarbmarke erfolgen wird.

4. Der Beurteilung der Unterscheidungskraft und des Freihaltungsbedürfnisses entsprechen schließlich überwiegend auch die vom Senat eingeholten Verbandsauskünfte. Zwar hat der Kunststoffrohrverband e.V. ausgeführt, daß grüne Kunststoffrohre bereits für die Trinkwasserversorgung produziert würden und daher keinen Hinweis auf die Herkunft aus einem ganz bestimmten Unternehmen gäbe und bereits heute Farbstreifen zur Kenntlichmachung von Rohren dienen; so würden beispielsweise schwarze Rohre mit hellblauen Streifen verwendet. Der Zentralverband Sanitär-Heizung-Klima hat ferner ausgeführt, daß eine Farbkombination nicht mit einem ganz bestimmten Unternehmen in Verbindung gebracht werde; es würden in unterschiedlichen Farben bereits gestreifte Rohre eingesetzt. Wie ausgeführt, konnten allerdings auch diese beiden Verbände keine Verwendung von Rohren der hier angemeldeten Farbkombination bzw in ähnlichen Farbkombinationen nachweisen. Wie ebenfalls bereits dargelegt, ergibt sich aus den Ermittlungen des Senats vielmehr, daß angesichts einer überschaubaren Zahl von Anbietern jedem Unternehmen eher bestimmte Farbgebungen in kennzeichnender Art und Weise zugeordnet werden. Dies bestätigt auch der Bundesverband der

Deutschen Gas- und Wasserwirtschaft e.V. der ausgeführt hat, daß eine Farbkombination Auskunft über die Herkunft der Rohre aus einem ganz bestimmten Unternehmen gebe. Dieser Verband hat ein Freihaltungsbedürfnis deshalb ausdrücklich verneint. Der Deutsche Großhandelsverband Haustechnik hat bei 8 Unternehmen entsprechende Anfragen getätigt. auch diese angesprochenen Unternehmen haben im wesentlichen ein Freihaltungsbedürfnis ausgeschlossen.

Winkler

Baumgärtner

Dr. Hock

Cl

Abb. 1

