URTEIL DES GERICHTS (Vierte Kammer)

9. Juli 2003 *

In der Rechtssache T-234/01

Andreas Stihl AG & Co. KG mit Sitz in Waiblingen (Deutschland), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte S. Völker und A. Klett, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch G. Schneider als Bevollmächtigten,

Beklagter,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

betreffend eine Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Ersten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) vom 24. Juli 2001 (Sache R 477/2000-1), mit der die Eintragung einer Kombination der Farben Orange und Grau als Gemeinschaftsmarke abgelehnt wurde,

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung der Präsidentin V. Tiili sowie der Richter P. Mengozzi und M. Vilaras,

Kanzler: B. Pastor, Hilfskanzler,

aufgrund der am 28. September 2001 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift,

aufgrund der am 20. Dezember 2001 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle),

auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 2003

folgendes

Urteil

Vorgeschichte des Rechtsstreits

1 Die Klägerin reichte am 9. Juli 1996 beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) gemäß der geänderten Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. 1994, L 11, S. 1) die Anmeldung einer Gemeinschaftsmarke ein.

2 Die angemeldete Marke ist eine Kombination zweier Farben als solche, die aus einem orangefarbenen Rechteck mit dem Farbton Pantone 164c und einem darunter liegenden grauen Rechteck mit dem Farbton Pantone 428u gebildet wird.

3 Die Waren, für die die Marke angemeldet wurde, gehören zur Klasse 7 im Sinne des revidierten und geänderten Abkommens von Nizza über die internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken vom 15. Juni 1957 und entsprechen folgender Beschreibung:

— Klasse 7: „Motorsägen, maschinelle Trennschleifgeräte mit Führungsvorrichtung, maschinelle Freischneidegeräte, Motorsensen, maschinelle und von Hand zu betätigende Heckenscheren, maschinelle Erdbohrgeräte auch als Anbaugeräte, maschinelle Sprühgeräte, maschinelle Blasgeräte (auch

solche mit Saugwirkung durch Umschalten), Elektro-Rasentrimmer, Bodenkultivatoren als Anbaugeräte, Hochdruckreinigungsgeräte und Saugreinigungsgeräte zur Verwendung in Haushalt und Industrie, Längsschnittgeräte, Entastungsgeräte, Teile, Ersatzteile und Zubehör der genannten Geräte."

4 Der Prüfer wies diese Anmeldung mit Entscheidung vom 7. April 2000 auf der Grundlage von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 mit der Begründung zurück, dass keine der beiden Farben, aus denen sich die angemeldete Marke zusammensetze, eine für die in der beanspruchten Liste angeführten Waren ungewöhnliche Farbe sei und dass weder die gewählten Farbtöne noch die Kombination der Farbtöne der Marke die erforderliche Unterscheidungskraft verleihen könnten. Am 8. Mai 2000 legte die Klägerin gemäß Artikel 59 der Verordnung Nr. 40/94 beim Amt eine Beschwerde gegen den Bescheid des Prüfers ein.

5 Mit Entscheidung vom 24. Juli 2001 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung), der Klägerin zugestellt am 3. August 2001, wies die Erste Beschwerdekammer die Beschwerde zurück. Die Kammer war im Wesentlichen der Ansicht, dass der relevante Kundenkreis die Farbkombination als solche nicht als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der fraglichen Waren wahrnehme.

Anträge der Parteien

6 Die Klägerin beantragt,

— die angefochtene Entscheidung aufzuheben;

— dem HABM die Kosten aufzuerlegen.

7 Das HABM beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe

8 Zur Begründung ihrer Klage macht die Klägerin die beiden Klagegründe eines Verstoßes gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b und eines Verstoßes gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 40/94 geltend. Das Gericht ist der Auffassung, dass der erste Klagegrund — Verstoß gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der genannten Verordnung — zu prüfen ist.

Vorbringen der Parteien

9 Die Klägerin macht einleitend geltend, dass abstrakte Farben generell markenfähig seien. Der Verkehr werde nämlich im Rahmen eines modernen Markenverständnisses in zunehmendem Maße mit nicht herkömmlichen Zeichen wie Farben oder Klangzeichen konfrontiert, die gezielt und systematisch und nicht zu

rein dekorativen oder ästhetischen Zwecken verwendet würden. Diese Verwendung ermögliche es dem Publikum, eine Verbindung zwischen einem Farbton oder einer Kombination von Farbtönen und den Produkten eines Unternehmens herzustellen. Die Farben machten rasch und bereits aus einer gewissen Entfernung auf das Produktsortiment des Unternehmens aufmerksam, wobei zusätzliche Kennzeichnungsmittel, insbesondere auch eine Wortmarke, die endgültige Identifikation der Ware ermöglichten. Außerdem könne der Verbraucher verschiedene Farbtöne wahrnehmen.

10 Im Übrigen bestehe ein erhebliches praktisches und wirtschaftliches Bedürfnis, diese Zeichen, in die erhebliche Beträge investiert würden, schützen zu lassen. Ein Schutz nur in einer bestimmten grafischen Darstellung (z. B. als Kreis, Quadrat oder Rechteck) wäre nicht ausreichend, da die Farben in unterschiedlicher Dimension auf den Waren selbst und auf ihrer Verpackung sowie in der Werbung verwendet würden.

11 Unter Bezugnahme auf ihren als Beweis beigefügten Produktkatalog erklärt die Klägerin, dass konkret die angemeldete Farbkombination aus Farbtönen bestehe, nämlich Orange (Pantone 164c) und Grau (Pantone 428u), die einem bestimmten Verteilungsmuster folgten, wobei der obere Teil des Gehäuses in Orange und der untere Teil in Hellgrau gehalten sei.

12 Die Verteilung der Farben sowie deren flächenmäßiges Verhältnis zueinander könnten bei den einzelnen Produkten je nach der Art und der Funktion des Produkts variieren.

13 Trotz der möglichen Unterschiede ergebe sich durch die konsequente Verwendung der Kombination ein typisches und einheitliches Erscheinungsbild für ihr Produktspektrum. Diese durchgehende Verwendung, für die es an die Designer

gerichtete Unternehmensrichtlinien gebe, habe somit keineswegs nur dekorativen Charakter, sondern ermögliche auch die Kennzeichnung der Produkte.

14 Die Klägerin beruft sich auf die neuere Rechtsprechung, insbesondere des Bundesgerichtshofes, nach der die Eignung von (abstrakten) Farbtönen oder Kombinationen von Farbtönen zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen anerkannt werde, sofern nicht besondere Umstände dagegen sprächen.

15 Was die als Begründung in der angefochtenen Entscheidung angeführte fehlende Ungewöhnlichkeit der Kombination angehe, könne die Beachtung eines solchen Kriterums nicht verlangt werden. Wenn ein Unternehmen eine Farbkombination bereits seit einiger Zeit mit Erfolg verwende, sei diese schon dadurch nicht mehr ungewöhnlich; dies gelte auch, wenn ein Unternehmen die Marke nach ihrer Eintragung verwende und alsbald ein gewisser Erfolg eintrete.

16 Zur Farbe Grau erklärt die Klägerin, der beanspruchte Farbton sei ein helles Grau, das sich vom Erscheinungsbild der Metallteile der gekennzeichneten Produkte deutlich unterscheide; es könne dahingestellt bleiben, ob Kunststoffe tatsächlich grau seien, da dem Verbraucher Kunststoffe allgemein in farbiger Form begegneten und sich aus dem Prospekt der Klägerin leicht erkennen lasse, dass der in Rede stehende Farbton nicht den Eindruck erwecke, dass die entsprechend farblich gekennzeichneten Warenteile aus unbehandeltem Kunststoff bestünden.

17 Zur Farbe Orange macht die Klägerin geltend, dass kein phantasievolles Element nötig sei und dass die Frage, ob es sich bei dieser Farbe um eine grundlegende Farbe oder eine Primärfarbe handele, für ihre Unterscheidungskraft ohne Belang sei.

18 Ferner komme es für die Beurteilung der Unterscheidungskraft einer Farbkombination nicht auf die Ungewöhnlichkeit der Kombination an, und der Schutz der konkreten Farbkombination aus Grau (Pantone 428u) und Orange (Pantone 164c) hindere andere Anbieter nicht daran, andere Farben oder Farbkombinationen, auch aus dem umliegenden Farbspektrum, zu verwenden. Außerdem könne eine Behinderung der Wettbewerber durch eine Begrenzung des Schutzumfangs vermieden werden, der einer Marke für einen bestimmten Farbton oder eine Kombination von Farbtönen zugebilligt werde.

19 Das HABM räumt ein, dass die regelmäßige, systematische und gezielte Verwendung bestimmter Farbtöne bezwecke, in der Vorstellung des Publikums eine Verbindung zwischen diesen Farbtönen und den Produkten oder Dienstleistungen eines Unternehmens herzustellen. Daraus erkläre sich, dass sich die Eignung der Farben als Marken im Allgemeinen aus der durch die Benutzung erlangten Unterscheidungskraft ergebe.

20 Wie bereits von den Beschwerdekammern anerkannt worden sei (in diesem Sinne Sache R 7/97-3, Orange), sei eine Farbe auch per se als Gemeinschaftsmarke schutzfähig.

21 Zur Vermeidung eines absoluten Eintragungshindernisses müsse ein Zeichen jedoch bereits ohne vorherige Benutzung der Marke oder entsprechende Unterrichtung oder Gewöhnung der beteiligten Verkehrskreise unterscheidungskräftig sein. Diese Funktion könne jedoch nicht von einem Zeichen erfüllt werden, das aus bereits gebräuchlichen Formen oder Farben bestehe, die vom Verkehr lediglich als Dekoration oder werbliche Aufmachung ohne Information zur Herkunft des Produkts wahrgenommen würden.

22 Zur Verweisung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erklärt das HABM, dass sich dieses Gericht auf die vorstehend genannte Sache R 7/97-3 (Orange) bezogen habe, in der die Möglichkeit, einer Farbkombination Unterscheidungskraft zuzuerkennen, im Wesentlichen nur dann bejaht werde, wenn zum Verhältnis dieser Kombination zu den fraglichen Waren tatsächliche Feststellungen in diesem Sinne getroffen würden.

23 Zu dem Argument, dass das menschliche Auge zwischen einer Vielzahl von Farbtönen unterscheiden könne, erinnert das HABM daran, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu berücksichtigen sei, dass sich dem Durchschnittsverbraucher nur selten die Möglichkeit biete, verschiedene Marken unmittelbar miteinander zu vergleichen, sondern er sich auf das unvollkommene Bild verlassen müsse, das er von ihnen im Gedächtnis behalten habe.

24 Das Farbgedächtnis des Menschen sei auf bestimmte Idealfarben oder kanonische Farben begrenzt. Selbst wenn der Verbraucher möglicherweise noch sprachlich zwischen einem „hellen Orange" und einem „dunklen Orange" unterscheiden könne, sei er nicht in der Lage, sie aus der Erinnerung auf der Pantone-Skala zu unterscheiden. Daraus erkläre sich auch die Bedeutung eines derartigen Instruments als Ausgleich dafür, dass es kein objektives Farbgedächtnis gibt.

25 Zur Beurteilung der Kombination als Ganzes erklärt das HABM, die beanspruchten Farbtöne seien gebräuchlich; die Farbe Grau sei unbunt und von Hause aus ungeeignet, die Aufmerksamkeit des Publikums zu wecken, außerdem sei es die natürliche Farbe vieler Metalle oder Metalllegierungen vor ihrer Farbgebung; der orange Farbton in Kombination mit dem grauen Farbton sei insbesondere im Zusammenhang mit Werkzeugen allgemein verbreitet, um vor gefährlichen Teilen zu warnen.

Würdigung des Gerichts

26 Einleitend ist festzustellen, dass Farben oder Farbkombinationen als solche Gemeinschaftsmarken sein können, soweit sie geeignet sind, die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Urteil des Gerichts vom 25. September 2002 in der Rechtssache T-316/00, Viking-Umwelttechnik/HABM [Zusammenstellung von Grün und Grau], Slg. 2002, II-3715, Randnr. 23).

27 Die generelle Eignung einer bestimmten Art von Zeichen, eine Marke zu bilden, kann jedoch nicht bedeuten, dass alle Zeichen dieser Art für eine bestimmte Ware oder Dienstleistung notwendig Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 besitzen.

28 Die von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 erfassten Marken ohne Unterscheidungskraft gelten als ungeeignet, die wesentliche Funktion der Marke zu erfüllen, nämlich auf die Herkunft der Ware oder der Dienstleistung hinzuweisen und, wie das Gericht bereits entschieden hat, es den maßgeblichen Verkehrskreisen zu ermöglichen, bei einem weiteren Erwerb der fraglichen Waren oder Dienstleistungen ihre Entscheidung davon abhängig zu machen, ob sie beim ersten Erwerb gute oder schlechte Erfahrungen gemacht haben (Urteil des Gerichts vom 27. Februar 2002 in der Rechtssache T-79/00, Rewe-Zentral/HABM [LITE], Slg. 2002, II-705, Randnr. 26).

29 Im Übrigen ist zu festzustellen, dass Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 nicht nach der Art der Zeichen unterscheidet. Ein Zeichen, das aus einer Farbe oder Farbkombination als solcher besteht, wird jedoch von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht notwendig in der gleichen Weise wahrgenommen wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit ihr gekennzeichneten Ware unabhängig ist. Ist das Publikum auch gewohnt, Wort- oder Bildmarken unmittelbar als Zeichen aufzufassen, die auf einen bestimmten betrieblichen Ursprung der Ware hinweisen, so gilt das Gleiche nicht zwingend für Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Ware, für die sie angemeldet wurden, verschmelzen (Urteil Zusammenstellung von Grün und Grau, Randnr. 27).

30 Demgemäß kann die Unterscheidungskraft eines Zeichens nur im Hinblick auf die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung angemeldet wird, und in Bezug auf die Wahrnehmung der maßgeblichen Verkehrskreise beurteilt werden.

31 Im vorliegenden Fall ist erstens festzustellen, dass die Liste der betreffenden Waren, nämlich mechanische Geräte, sowohl Werkzeuge enthält, die hauptsächlich für den professionellen Gebrauch bestimmt sind, wie Hochdruckreinigungsgeräte zur Verwendung in der Industrie, als auch Maschinen für Endverbraucher, wie von Hand zu betätigende Heckenscheren. Als maßgebliche Verkehrskreise sind daher die Verbraucher im Allgemeinen anzusehen, wie die Beschwerdekammer zu Recht in Randnummer 18 der angefochtenen Entscheidung entschieden hat. Daher ist bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke auf die mutmaßliche Erwartung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich der Durchschnittsverbraucher auf das unvollkommene Bild verlassen muss, das er von der Marke im Gedächtnis behalten hat. Ausserdem ist zu beachten, dass die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers je nach Art der betreffenden Waren unterschiedlich hoch sein kann (vgl. entsprechend Urteil des Gerichtshofes vom 22. Juni 1999 in der Rechtssache C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 26).

32 Zweitens ist die angemeldete Marke, da es sich im vorliegenden Fall um eine zusammengesetzte Marke handelt, für die Beurteilung ihrer Unterscheidungskraft in ihrer Gesamtheit zu betrachten. Dies steht jedoch einer vorherigen Prüfung der einzelnen Elemente, aus denen sich die Marke zusammensetzt, nicht entgegen (in diesem Sinne Urteil Zusammenstellung von Grün und Grau, Randnrn. 29 bis 31).

33 Was zum einen die Farbe Orange angeht, so kann diese, wie das HABM zu Recht geltend macht, dazu dienen, vor gefährlichen Teilen von Werkzeugen zu warnen, so dass ihr nicht von vornherein die Funktion zukommt, auf die betriebliche Herkunft der fraglichen Waren hinzuweisen. Außerdem weist der spezifische Farbton, Orange Pantone 164c, keine für das betroffene Publikum wahrnehmbare Abweichung von den Farben auf, die üblicherweise für die bezeichneten Waren verwendet werden oder dafür in Betracht kommen, insbesondere, weil dieses Publikum, wie in Randnummer 31 erwähnt, ein unvollkommenes Bild davon im Gedächtnis behält.

34 Was zum anderen die Farbe Grau betrifft, so hat die Beschwerdekammer in Randnummer 15 der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass diese sich

nicht von dem Kunststoff oder Metall abhebe, aus dem die fraglichen Waren gefertigt sind. Hierzu ist zu bemerken, dass der Verbraucher zwar bei genauerer Betrachtung das Grau des unbehandelten Stoffes von dem einer gewollten Farbgebung unterscheiden kann, dass jedoch die Farbe Grau, einschließlich des Farbtons Grau Pantone 428u, vor allem als Ergebnis eines Fertigungsprozesses oder als bloße farbige Gestaltung der Verkleidung wahrgenommen wird.

35 Zur Wahrnehmung des Zeichens als Ganzes ist festzustellen, dass das Zeichen allein aus der in der Anmeldung dargestellten Kombination der Farben Orange und Grau besteht. In dieser Hinsicht hat die Beschwerdekammer in Randnummer 17 der angefochtenen Entscheidung zu Recht ausgeführt, dass es an einer konkreten Verteilung der Farben innerhalb des beanspruchten Zeichens fehlt.

36 Das als Ganzes beurteilte Zeichen hat in Bezug auf die fraglichen Waren abstrakten und unbestimmten Charakter und lässt keine systematische Anordnung oder konkrete Verteilung der genannten Farben erkennen. Der Gesamteindruck, der sich aus der Farbkombination für die fraglichen Waren ergibt, ist daher eher der einer bloßen Farbgebung der Verkleidungsteile als der einer systematischen Anordnung, die über die rein ästhetische Funktion hinaus zur Schaffung eines Zeichens führt, das auf die betriebliche Herkunft der Waren hinweist (in diesem Sinne Urteil Zusammenstellung von Grün und Grau, Randnr. 33).

37 Außerdem kann diese Farbkombination nicht als Zeichen wahrgenommen und wiedererkannt werden, denn eine unsystematische Verteilung der Farben auf den fraglichen Waren lässt zahlreiche unterschiedliche Gestaltungen zu, die es dem Verbraucher nicht erlauben, eine bestimmte Kombination zu erkennen und in Erinnerung zu behalten, auf die er sich für weitere Käufe unmittelbar und mit Gewissheit beziehen könnte (in diesem Sinne Urteil Zusammenstellung von Grün und Grau, Randnr. 34).

38 Diese Beurteilung wird nicht durch das Vorbringen der Klägerin in Frage gestellt, dass die Farbverteilung auf den Waren einem bestimmten Muster folge, nämlich nach den für die Designer bestimmten Unternehmensrichtlinien Orange für den oberen Teil und Grau für den unteren Teil der Waren. Damit dieses Verteilungsmuster, wie es in der Anmeldung dargestellt ist, auf den bezeichneten Waren wahrgenommen werden kann, müsste es einer durchgehenden Farbgebung des oberen Teils in Orange und der unteres Teils in Grau entsprechen. Auch wenn man sich nur auf die Farbgebung der Verkleidungsteile bezieht und mögliche Schwankungen im Verhältnis der beiden Farben zueinander berücksichtigt, ist festzustellen, dass wegen der Vielfalt und der Unregelmäßigkeit der Formen und der Größe der fraglichen Waren keine Farbgebung erzielt werden kann, die systematisch das besagte Verteilungsmuster wiedergibt.

39 Diese Beurteilung wird durch die Inaugenscheinnahme der in der Sitzung vorgelegten Waren bestätigt. Es zeigt sich nämlich, dass für die in der Anmeldung angeführten Waren eine Farbgebung in zwei mehr oder weniger gleichen Teilen, wie sie in dem angegebenen Verteilungsmuster vorgesehen ist, unmöglich ist oder nicht verwendet wird, wenn die Verkleidungs- oder Karosserieteile nicht so geformt sind, dass sie nach einem derartigen Muster gefärbt werden könnten. Für die maßgeblichen Verkehrskreise ist es daher unmöglich, auf den Waren ein dauerhaftes Zeichen wiederzufinden, das die Farben in gleichmäßiger und vorher festgelegter Weise verbindet.

40 Zu dem Argument der Klägerin, der Verbraucher sei sich der Kennzeichnung der Waren mittels Farben, die bereits aus einer gewissen Entfernung auf das Produktsortiment aufmerksam machten, bewusst, ist festzustellen, dass die Klägerin damit gerade einräumt, dass die endgültige Identifizierung der betrieblichen Herkunft des Produkts erst durch weitere charakteristische Elemente, wie eine Wortmarke, erfolgt.

41 Außerdem läßt sich die Unterscheidungskraft eines Zeichens nicht allein aus dem „Sortimentseffekt" ableiten, der darin besteht, dass beim Verbraucher der Eindruck erweckt wird, dass verschiedene Waren dieselbe betriebliche Herkunft haben, weil sie im Allgemeinen in einer Aufmachung in den gleichen Farben

angeboten werden. Hierbei handelt es sich um ein Vermarktungskonzept, das auf die Beurteilung der Eintragbarkeit eines Zeichens keinen Einfluss hat (in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 20. März 2002 in der Rechtssache T-358/00, DaimlerChrysler/HABM [TRUCKCARD], Slg. 2002, II-1993, Randnr. 47), da es bei einer einzeln vermarkteten Ware mangels Sortimentseffekts gerade nicht möglich wäre, in den Farben einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft zu erkennen.

42 Folglich werden die maßgeblichen Verkehrskreise die Kombination der Farben Orange und Grau nicht als Zeichen auffassen, das auf die Herkunft der so gefärbten Waren aus einem bestimmten Unternehmen hinweist, sondern eher als ein Gestaltungselement dieser Waren (in diesem Sinne Urteil Zusammenstellung von Grün und Grau, Randnr. 37).

43 Die Marke hat daher in Bezug auf die Waren, für die sie angemeldet wurde, keine Unterscheidungskraft.

44 Dieser Schluss wird auch nicht durch das Vorbringen der Klägerin entkräftet, dass das Kriterium der Ungewöhnlichkeit einer Farbkombination ungeeignet sei, weil eine solche Kombination, wenn ein Unternehmen sie schon lange verwende, eben nicht mehr ungewöhnlich sei. Das u. a. zur Beurteilung der Unterscheidungskraft eines Farbzeichens herangezogene Kriterium der Ungewöhnlichkeit eines Farbtons oder einer Kombination von Farbtönen zielt nämlich darauf ab, die Eignung eines solchen Farbtons oder einer solchen Kombination von Farbtönen zur Unterscheidung der fraglichen Waren oder Dienstleistungen von denen einer anderen betrieblichen Herkunft in den Augen der maßgeblichen Verkehrskreise zu beurteilen. Im Übrigen kann ein Farbton oder eine Kombination von Farbtönen, der oder die an sich nicht von vornherein Unterscheidungskraft in Sinne des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 hat, wie jedes andere Zeichen im Zusammenhang mit den Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht werden, infolge Benutzung im Sinne von Absatz 3 dieses Artikels Unterscheidungskraft erlangen (vgl. entsprechend Urteil des Gerichts-

hofes vom 4. Mai 1999 in den Rechtssachen C-108/97 und C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Slg. 1999, I-2779, Randnr. 47). Benutzt ein Unternehmen, das eine Marke angemeldet hat, den Farbton oder die Kombination von Farbtönen, aus dem oder der die Marke besteht, so schließt dies daher keineswegs deren Unterscheidungskraft aus, sondern kann dem fraglichen Farbzeichen unter bestimmten Umständen, insbesondere nach einem Gewöhnungsprozess des betroffenen Publikums, die Unterscheidungskraft verleihen, die ihm ursprünglich fehlte.

45 Hinsichtlich der von der Klägerin angeführten deutschen Rechtsprechung ist daran zu erinnern, dass die Gemeinschaftsregelung für Marken ein autonomes System ist (Urteil des Gerichts vom 5. Dezember 2000 in der Rechtssache T-32/00, Messe München/HABM [electronica], Slg. 2000, II-3829, Randnr. 47). Außerdem hat der Bundesgerichtshof in den von der Klägerin angeführten Urteilen eine Unterscheidungskraft von Farben nur unter den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalls anerkannt.

46 Der Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung Nr. 40/94 ist daher zurückzuweisen.

47 Somit ist der Klagegrund eines Verstoßes gegen Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 40/94 nicht zu prüfen. Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Zeichen nämlich schon dann nicht als Gemeinschaftsmarke eingetragen werden, wenn eines der absoluten Eintragungshindernisse vorliegt (vgl. Urteile des Gerichts vom 8. Juli 1999 in der Rechtsache T-163/98, Procter & Gamble/HABM [BABY-DRY], Slg. 1999, II-2383, Randnr. 29, und vom 12. Januar 2000 in der Rechtssache T-19/99, DKV/HABM [COMPANYLINE], Slg. 2000, II-1, Randnr. 30).

48 Die Klage ist folglich abzuweisen.

Kosten

49 Nach Artikel 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr gemäß dem Antrag des HABM dessen Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Vierte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Klägerin trägt die Kosten.

Tiili Mengozzi Vilaras

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 9. Juli 2003.

Der Kanzler Die Präsidentin

H. Jung V. Tiili