

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen:	29 W (pat) 184/04
Entscheidungsdatum:	28.03.2007
Rechtsbeschwerde zugelassen:	ja
Normen:	§ 3 Abs. 1 MarkenG § 8 Abs. 1 MarkenG

Variabler Strichcode

1. Mit dem als Kombinationsmarke angemeldeten Zeichen eines „Strichcodes auf Buchrücken“ für „Bücher; Dienstleistungen eines Verlages; Druckarbeiten“ wird das Regelwerk der Striche des EAN-13-Barcodes, die Europäische Artikelnummer, als solche beansprucht.
2. Es handelt sich dabei um eine sog. variable Marke, die sich aus einem zugrundeliegenden Regelwerk und System ableitet in Verbindung mit einer bestimmten Position auf der beanspruchten Ware, und im Sinne von §§ 3 Abs. 1, 8 Abs. 1 MarkenG grafisch nicht darstellbar ist.
3. Der Gegenstand der Anmeldung bezieht sich auf eine Vielzahl unbestimmter Erscheinungsformen und ist daher selbst unbestimmt (EuGH C-321/03 vom 25. Januar 2007 -Rn. 31 ff. - Dyson).



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 184/04

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 303 41 800.1

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 28. März 2007 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Als sonstige Marke ist angemeldet das Zeichen Nr. 303 41 800 für Waren und Dienstleistungen der Klassen 16, 40 und 41

„Bücher; Druckarbeiten; Dienstleistungen eines Verlages
(ausgenommen Druckarbeiten).“

Es soll mit folgendem Bild in das Markenregister eingetragen werden:

Strichcode auf Buchrücken



Zusätzlich hat der Anmelder folgende Beschreibung eingereicht:

„Es handelt sich um eine bestimmte Art, Bücher zu „markieren“,
durch einen Strichcode am Buchrücken. Genauer:

Bücher tragen regelmäßig auf dem Rücken (nicht Buchvorder- und
-rückseite) den Namen und/oder das Logo des betreffenden Ver-
lages. Diese Angaben sind dabei am Fuß des Buchrückens ange-
bracht, entweder horizontal bezogen auf das stehende Buch, oder

um 90° gegen den Uhrzeigersinn gedreht. Die Angaben überschreiten dabei selten relativ mehr als 1/5 der Buchhöhe und absolut nicht mehr als etwa 4 cm.

Weiter sind Bücher für den Handelsverkehr regelmäßig auf der Buchrückseite mit Informationen über die ISBN-Nummer und den Buchpreis versehen. Die ISBN-Nummer wird häufig auch durch einen Strichcode repräsentiert, einen EAN-13-Code (European Article-Numbering, 13stellig). Dieser Code besteht aus Balken und unter den Balken angeordneten Ziffern. Im Code sind drei gleichbleibende Elemente vorhanden, ein Doppelstrich je am Anfang, am Ende und in der Mitte.

Diese beiden, bei Büchern regelmäßig anzutreffenden Kennzeichen, werden durch die beantragte Marke verschmolzen, um Bücher einem Verlagssignum ähnlich unverwechselbar zu markieren:

Der Strichcode wird um 90° gegen den Uhrzeigersinn gedreht und auf den Buchrücken versetzt. Der Strichcode wird ohne Ziffern dargestellt, so dass nur eine Art Zebra-Streifung entsteht. Die Höhe beträgt dabei 3,0 cm, da die Lesegenauigkeit der Codebalken eine bestimmte Breite erfordert und diese Breite regelmäßig bei 3 cm erreicht ist.

Durch diese Art der Markierung kommt es zu Variationen im Erscheinungsbild: Die genaue Folge der Code-Streifen hängt von der dem jeweiligen Buch vergebenen ISBN-Nummer ab. Insofern kommt es zu Schwankungen in der Balken-Abfolge, je Buch unterschiedlich. Auch die Breite der Balken variiert nach der Breite des Buches und bleibt knapp unter der Breite des jeweiligen Buchrückens.

Die Vorgehensweise der Markierung bleibt identisch, und führt zu einem einheitlichen Markenbild. Dieses entsteht durch folgende Merkmale: die gleichbleibende Höhe, die gleichbleibenden Elemente von Doppelstrich unten, oben, und in der Mitte, und den gleichbleibend erforderlichen Kontrast zwischen Balken und Balkenhintergrund. Damit ist ein ausreichend einheitliches Markenbild vorhanden.

Die beantragte Markenform ähnelt damit durch ihren Bezug auf einen bestimmten Ort auf einem Buch einer dreidimensionalen Marke, durch auch gleichbleibende graphische Elemente einer Bildmarke und durch die Ähnlichkeit und Wiedererkennbarkeit der Streifung einer Farbmarke.“

Die Markenstelle für Klasse 16 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung mit Beschluss vom 29. Juli 2004 wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen, ohne auf die Frage der Markenfähigkeit einzugehen. Das angemeldete Zeichen bestehe aus einer ausschließlich beschreibenden Angabe. Die Darstellung eines Strichcodes verstehe der Verkehr, unabhängig von der Position, nur als verschlüsselte Darstellung über warenspezifische Angaben wie Preis, Titel, Verlag etc. Er ordne den Strichcode keinem bestimmten Unternehmen zu, sondern sehe darin lediglich die Information über handelsinterne Vorgänge, die mittels dieses Codes eingescannt und erfasst werden könnten. Dem Fehlen der zum Barcode gehörigen Ziffern werde der Verkehr ebenso wenig eine unternehmenskennzeichnende Bedeutung zumessen wie der genauen Positionierung desselben.

Der Anmelder hat gegen diesen Beschluss mit Schreiben vom 26. August 2004 Beschwerde eingelegt. Er trägt vor, dass sich die erforderliche Unterscheidungskraft der Anmeldung für die beanspruchten Dienstleistungen aus der Positionierung und Gestaltung der Markierung ergebe. Es handle sich entgegen den Anga-

ben der Markenstelle nicht um einen üblichen Strichcode. Die angemeldete Markierung sei nur „strichcodeähnlich“, wobei allerdings der ISBN-Barcode, und zwar auf die Balken reduziert, in einer Art „Zebra-Streifung“ abgebildet werde. Es gehe dabei nicht um einen den technischen Voraussetzungen für die Lesefähigkeit entsprechenden Barcode, sondern nur um die schwarzen Streifen. Die Balken würden dabei anders als üblich nicht in einem abgegrenzten weißen Feld stehen, sondern jeweils im farbigen Umfeld des Buchumschlags, wodurch die Lesbarkeit mittels eines Scanners eingeschränkt sein könne. Insbesondere die Positionierung der Streifen am Buchrücken sei ungewöhnlich, da sich an eben dieser Stelle bei anderen Büchern das Verlagslogo befinde. Bei der sehr formalistischen Gestaltung von Büchern sei dem Buchrücken grundsätzlich der Platz für Autor, Titel und Verlag sowie ein oder zwei Zahlenfolgen vorbehalten. Das angemeldete Zeichen werde jedoch anstelle des Verlagslogos am Buchrücken platziert. Die Positionierung an immer derselben Stelle des Buchrückens ergebe sich aus der Anmeldung als Positionsmarke. Der „Sinngelhalt“ der Marke entstehe aus der Position des Barcodes, wohingegen der Barcode für sich genommen keinen Sinngelhalt habe. Der „normale“, zum Scannen gedachte Strichcode im Weißfeld mit Ziffernfolge werde nach wie vor zusätzlich auf der großräumigen Buchrückseite angebracht. Der Verkehr werde deshalb die Position des angemeldeten Zeichens für ungewöhnlich halten und als Unternehmenshinweis erkennen.

Der Beschwerdebegründung hat der Beschwerdeführer, um den gegen seine Anmeldung bestehenden Bedenken der Markenstelle zur Unterscheidungskraft des Zeichens entgegenzuwirken, zwei hilfsweise eingereichte Beschreibungen beigelegt. Die als Anlage 4 zum Antrag vom 18. August 2003 bezeichnete Anlage (Bl. 14 d. A.) lautet wie folgt:

„Im Folgenden wird die Marke, im Wesentlichen eine Positionsmarke, beschrieben:

Geschützt ist eine Markierung, die ihre Unterscheidungskraft zusammen aus ihrer Positionierung und aus der Gestaltung der Mar-

kierung bezieht. Geschützt wird eine bestimmte Art, Bücher am Buchrücken zu markieren, nämlich mit einer strichcodeähnlichen und strichcode-basierten Markierung:

Genauer:

Der für Bücher auf der Buchrückseite typische ISBN-Barcode wird abgewandelt und reduziert. Er wird alleine auf die Balken beschränkt.

Es fehlen die sonst unter den Balken liegenden Code-Ziffern und das Hintergrundfeld. Die Markierung ähnelt nicht mehr einem Etikett, sondern einem länglichen Logo aus Streifen, die direkt auf dem Buchcover aufliegen. Die Gestaltung des zugrundeliegenden Covers ist beliebig.

Es handelt sich um einen EAN-13-Barcode mit definierter Größe (s. u.). Das jeweilig markierte Buch trägt dabei die ihm jeweils eigenen ISBN-Barcode-Streifen.

Dieses Balken-Logo wird um 90° gegen den Uhrzeigersinn gedreht auf den unteren Rand des Buchrückens gesetzt. Die Höhe der Balken entlang dem Buchrücken beträgt dabei 3,0 cm. Die Breite der Balken entspricht der Breite des Buchrückens. Die Balken ersetzen dort das übliche Verlagslogo am üblichen unteren Rand des Buchrückens.

Nur in diesem Zusammenspiel besteht die Marke. Schutz alleine der Positionierung eines üblichen Barcodes vor einem Hintergrundfeld auf dem Buchrücken ist nicht umfasst.“

Die als Anlage 5 bezeichnete Anlage unterscheidet sich von Anlage 4 nur durch die Streichung der Worte „und strichcode-basierten“ in Zeile 5.

Dem Argument der Markenstelle, die Unterscheidungskraft des angemeldeten Zeichens fehle, weil die Details in der Strichabfolge des ISBN-Codes bei jedem Buch wechselten, tritt der Anmelder entgegen. Der Verkehr nehme diese Details weder wahr, noch könne er sie erinnern. Zum anderen sei die Dimension des ISBN-Codes durch die technische Definition des EAN-13-Barcodes festgelegt und müsse nicht näher spezifiziert werden. Die vom Senat übermittelte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Rechtssache C-321/03 vom 25. Januar 2007 - Dyson sei nicht vergleichbar. Diese beziehe sich nämlich nicht auf die Beispielhaftigkeit der grafischen Darstellung, was im vorliegenden Fall von zentraler Bedeutung sei, sondern lasse die Registrierbarkeit des Zeichens „Dyson“ an seiner Unbestimmtheit scheitern.

Der Beschwerdeführer regt in der mündlichen Verhandlung die Zulassung der Rechtsbeschwerde an zur Frage der Zulässigkeit der Variabilität eines grafischen Merkmals, sofern ihm ein konkreter Begriff zugeordnet werden kann. Im Schriftsatz vom 28. Februar 2006 regt er zusätzlich an, ein Vorabentscheidungsgesuch an den Europäischen Gerichtshof zu richten und zwar zu drei Fragen betreffend die Auslegungsfähigkeit von Art. 3 Abs. 1a) und 1b) der Markenrechtsrichtlinie (89/104/EWG) in Bezug auf die Variabilität des begehrten Zeichens in Details seiner Darstellung, jedoch nicht in seiner Positionierung.

Der Beschwerdeführer beantragt,

den Beschluss der Markenstelle vom 29. Juli 2004 aufzuheben.

Das Ergebnis der vom Senat durchgeführten Recherche wurde dem Beschwerdeführer im Termin zur mündlichen Verhandlung überreicht bzw. übersendet.

II.

Die gem. § 66 Abs. 1 und 2 MarkenG erhobene Beschwerde ist zulässig, aber im Ergebnis nicht begründet. Die angemeldete Marke kann nicht zur Eintragung zugelassen werden, weil sie die Anforderungen an die grafische Darstellbarkeit im Sinn von § 8 Abs. 1 MarkenG nicht erfüllt.

1.1. Der Beschwerdeführer begehrt die Eintragung ausweislich des Anmeldeformulars als eine sonstige Markenform im Sinn von § 6 Nr. 6 i. V. m. § 12 MarkenV. Als Wiedergabe der Marke gem. § 32 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG i. V. m. § 12 Abs. 1 MarkenV hat der Anmelder eine bildliche Darstellung als Beispiel einer der möglichen Erscheinungsformen des Zeichens in seinem Marktauftritt beigefügt und zusätzlich eine gem. § 12 Abs. 3 MarkenV zulässige Beschreibung beigefügt.

Gegenstand der Anmeldung ist damit eine bildliche Darstellung des EAN-13-Barcodes als Beispiel aus der Auswahl vieler verschiedener Erscheinungsformen des Zeichens im Marktauftritt. Die Größe und Abfolge der Codestreifen soll von der für die jeweilige konkrete Ware zu vergebenden ISBN Nummer abhängen. Das Zeichen tritt demgemäß dann jeweils unterschiedlich auf der Ware auf und ist laut Markenbeschreibung lediglich in den Elementen des Doppelstrichs unten, oben und in der Mitte sowie des Kontrasts zum Hintergrund gleichbleibend. Aufgrund der Beschreibung ergibt sich nämlich, dass im Zentrum des Zeichens der vom Beschwerdeführer als Bildelement definierte und variierende EAN-13-Barcode - reduziert auf die Striche - steht und auch die Farbe im Marktauftritt des Zeichens auf den beanspruchten Waren „Bücher“ als variabel konzipiert ist. Lediglich die Position am Buchrücken soll festgelegt sein. Hinsichtlich der Position für die beanspruchten Dienstleistungen ergibt sich aus der Anmeldung nichts. Für diese geht der Senat ebenfalls von einer beispielhaften Darstellung des Zeichens aus.

1.2. Das Anbringen der Europäischen Artikelnummer auf Waren als maschinenlesbarer Strichcode, ist eine ursprünglich europaweite, heute weltweite eindeutige Produktkennzeichnung für Handelsartikel (www.knowlex.org/lexikon/European_Ar

ticle_Number.html). Bei diesem Barcode handelt es sich um die 13-stellige Europäische Artikel-Nummer (EAN) für Bücher und andere Verlagsprodukte, die naturgemäß in der Darstellung variiert, je nachdem was für ein Produkt damit gekennzeichnet wird. Er wird in der Regel als maschinenlesbarer Strichcode (Barcode) auf die Warenverpackung aufgedruckt. Die EAN für Bücher wird erzeugt, indem der 10-stelligen International Standard Book Number (ISBN) die Zahl 978 vorangestellt wird. Die Prüfziffer wird anschließend neu berechnet. Bei der Darstellung als Barcode definieren dunkle Linien die Ziffern (www.know-lex.org/lexikon/European_Article_Number.html). Nur gleiche Bücher haben daher denselben EAN-13-Code, unterschiedliche dagegen diverse Codes mit einer unterschiedlichen Anordnung und Stärke der einzelnen Striche. Damit ist ein System einer Kennzeichnung von jeweils individuellen Waren vorgegeben, das im allgemeinen Handel üblich geworden ist.

1.3. Nicht zwingend erforderlich ist dabei beim 13-stelligen EAN-Barcode, dass dieser wie bisher üblich in einem weißen umrandeten Feld abgebildet wird. Die weiße Hintergrundfarbe dient lediglich der besseren Lesbarkeit des Codes, ist aber nicht Voraussetzung für dessen Lesbarkeit. Die technischen Informationen ergeben sich aus der Stärke und Anordnung der Striche, unabhängig von der Hintergrundfarbe.

1.4. Der Gegenstand der Anmeldung ist somit keine Kombinationsmarke aus Bild-, dreidimensionaler Marke, Farbmarke und Positionsmarke, da bis auf die Position bei den beanspruchten Waren alle Elemente ständig wechseln. Vielmehr handelt es sich im vorliegenden Verfahren um das Schutzbegehren auf Monopolisierung des Regelwerks der Striche des EAN-13-Barcodes, die für jede Ware unterschiedlich sind aufgrund des im Regelwerk definierten Algorithmus. Der Beschwerdeführer hat nicht nur in der Beschreibung der Anmeldung vom 18. August 2003, sondern auch in der mündlichen Verhandlung wiederholt darauf hingewiesen, dass gerade der EAN-13-Code, der sich an einer festgelegten Stelle auf der Ware oder Dienstleistung als „Strichcode auf Buchrücken“ befindet, als

sein besonderes Konzept geschützt werden soll. Dieser ständig unterschiedliche EAN-13-Strichcode bestimmt das Wesen des angemeldeten Zeichens. Es kommt weder ein weiterer Wortbestandteil noch ein Bild oder eine Farbe zu dem angemeldeten Zeichen hinzu. Die Farbgestaltung ergibt sich zufälligerweise durch die Hintergrundfarbe der Ware, ist aber weder festgelegt, noch als farbliche Ergänzung zum Strichcode definiert. Sie ist beliebig und unabhängig von diesem.

Es handelt sich auch insbesondere nicht um die bloße Anlehnung an einen Barcode, dessen grafische Gestaltung durch farbige, ungerade, in einer bestimmten Reihenfolge als Bildmarke festgelegte Linien vom normierten, maschinenlesbaren EAN-Code abweicht (vgl. dazu BPatG 30 W (pat) 24/03 - farbige Bildmarke). Im Gegensatz zu der zitierten Entscheidung des Bundespatentgerichts, bei der die grafische Gestaltung vom Barcode weggeführt hat, handelt es sich beim angemeldeten Zeichen nach wie vor und ausschließlich immer um den EAN-13-Barcode als maschinenlesbare Europäische Artikelnummer, d. h. um ein System als solches. Der Beschwerdeführer begehrt damit insgesamt nicht nur einen ganz bestimmten, optisch festgelegten Strichcode aus einer Anzahl und Ausformung von Strichen und Lücken, sondern den Strichcode in seiner Funktion als EAN-13-Barcode, bzw. das dahinter stehende Regelwerk der Berechnung des Codes in Verbindung mit der jeweiligen Ware.

Folglich ist Gegenstand der fraglichen Markenmeldung jeder denkbare EAN-13-Barcode an einer bestimmten Stelle auf einem Buchrücken. Es handelt sich daher nicht um eine Kombinationsmarke der genannten nichtkonventionellen Markenformen, sondern um eine beanspruchte weitere neue Markenform, eine sog. variable Marke, die sich aus einem zugrundeliegenden Regelwerk und System ableitet in Verbindung mit einer bestimmten Position auf der beanspruchten Ware.

2. Insgesamt mit den Angaben zur Person des Anmelders sowie zum Waren- und Dienstleistungsverzeichnis genügt diese Anmeldung den Anforderungen des § 32 MarkenG und begründet gem. § 33 Abs. 1 MarkenG den 20. August 2003 als Anmeldetag. Damit ist diese Marke eine unveränderliche und

unteilbare Einheit und ihr Schutzgegenstand ist durch die der Anmeldung beigefügte Beschreibung maßgeblich bestimmt (BGH GRUR 2004, 502, 503 - Gabelstapler II; GRUR 2007, 55 ff. - Farbmarke gelb/grün II; BPatG GRUR 2007, 63, 64 - KielNET). Die Beschreibung kann nämlich Bestandteil der grafischen Darstellung des Zeichens und somit Bestandteil der Wiedergabe der Marke gem. § 32 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sein (a. a. O., Rn. 24). Diese Anmeldung ist allein Grundlage der Prüfung auf entgegenstehende Schutzhindernisse nach § 37 Abs. 1 i. V. m. § 33 Abs. 2 MarkenG und zwar auch im Beschwerdeverfahren. Dies gilt selbst dann, wenn in einer späteren Beschränkung z. B. durch weiter eingereichte Beschreibungen - ohne einen Wechsel der Markenkategorie - eine Veränderung des beanspruchten Zeichens durch Einschränkung des Zeichenauftritts innerhalb derselben Kategorie vorgenommen wird.

Die beiden im Beschwerdeverfahren hilfsweise eingereichten Beschreibungen zur Anmeldung waren bei der gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung der Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts - unbeschadet ob die ausdrückliche Benennung als Positionsmarke zu einer Veränderung des bereits festgelegten Schutzgegenstandes „Kombinationsmarke Strichcode auf Buchrücken“ geführt hätte - miteinbezogen worden. Sie sind nämlich keine Veränderung des bereits am 20. März 2003 eingereichten Anmeldezeichens, sondern geben nur in anderen Worten denselben Schutzgegenstand wieder. Denn diese weiteren Beschreibungen decken sich mit der ursprünglichen Beschreibung insofern, als auch ihnen nur das Schutzbegehren zugrunde liegt - wie vom Beschwerdeführer vorgetragen - „eine bestimmte Art, Bücher zu ‚markieren‘, durch einen Strichcode am Buchrücken“.

3. Als solches lässt sich der Gegenstand der Anmeldung, nämlich einen Teil dieses Systems zu monopolisieren - und zwar die Regeln, nach denen die ISBN- und EAN-Nummern in Striche umgewandelt werden - und die die Variabilität herbeiführen nicht im Rechtssinne grafisch darstellen. Lässt sich dieses wesentliche Element des Zeichens schon nicht grafisch darstellen, kommt es auf seine Position

auf der Ware nicht mehr an. Im Hinblick auf die beanspruchten Dienstleistungen gilt Gleiches.

3.1. Die grafische Darstellbarkeit ist nach Art. 2 Markenrechtsrichtlinie ein Grunderfordernis für die Markenfähigkeit von Registermarken. Die Definition der Markenfähigkeit ist dabei für alle Markenkategorien einheitlich. Eine Marke muss erstens ein Zeichen sein, das sich gedanklich von der Marke abstrahieren lässt. Zweitens muss es sich grafisch darstellen lassen und drittens abstrakt geeignet sein, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (EuGH C-321/03 vom 25. Januar 2007 - Rn. 28 - Dyson; GRUR 2004, 858, 859 - Rn. 22 - Heidelberger Bauchemie; GRUR 2003, 604, 606 - Rn. 23 - Libertel; GRUR 2003, 145, 147 - Rn. 45 - Sieckmann). Der deutsche Gesetzgeber hat die grafische Darstellbarkeit von für die Eintragung in das Register bestimmten Marken in § 8 Abs. 1 MarkenG geregelt. Auch im deutschen Recht handelt es sich um ein zentrales materiellrechtliches Erfordernis der Markenfähigkeit in Verbindung mit § 3 Abs. 1 MarkenG. Die grafische Darstellbarkeit dient dabei im Wesentlichen drei Zwecken: erstens soll im Eintragungsverfahren der Beurteilung der Marke eine festgelegte Form zugrunde gelegt werden, zweitens soll die Eintragung im Register dadurch erst ermöglicht werden und drittens soll durch eine Veröffentlichung der Marken die Allgemeinheit über ihren Schutzzumfang unterrichtet werden (BGH GRUR 2001, 1154 f. - Farbmarke violettfarben; BPatG GRUR 2005, 594, 595 - Hologramm; Ströbele/Hacker, MarkenG 8. Aufl., § 3 Rn. 12 ff.).

3.2. Als Erfordernis der funktionsgemäßen Darstellung eines Zeichens ist nach den vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Grundsätzen notwendig, dass es klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv sein muss (GRUR 2003, 604, 606 - Rn. 29 - Libertel). Das gilt für visuell wahrnehmbare Zeichen ebenso wie für visuell nicht wahrnehmbare. Grundsätzlich kann auch ein visuell nicht wahrnehmbares Zeichen Registermarke werden, wenn es zumindest mittelbar grafisch dargestellt werden kann. Dies wurde

vom Europäischen Gerichtshof zur abstrakten Farbmarke, zur Geruchsmarke und zur Hörmarke entschieden (EuGH GRUR 2004, 858, 859 - Rn. 22 - Heidelberger Bauchemie; GRUR 2003, 145, 147 - Rn. 45 - Sieckmann; GRUR 2004, 54 - Shield Mark - Hörmarke).

Bei der abstrakten Farbmarke erfolgt die mittelbare grafische Darstellung durch Vorlage eines Farbmusters mit einer sprachlichen Beschreibung und der Bezeichnung der Farbe durch einen international anerkannten Kennzeichnungscode (a. a. O., Rn. 37). Die zu schützende Farbe als solche ist jedoch aufgrund der Skala objektiv festgelegt und registrierbar. Gleiches gilt für die Hörmarke anhand der Notenschrift. Nicht so der begehrte Strichcode. Zum Ersten entspricht die vom Beschwerdeführer vorgetragene Berechenbarkeit des EAN-13-Barcodes durch mathematische Algorithmen nicht den Anforderungen an die Kriterien „leicht zugänglich“ und „verständlich“. Zum Zweiten tritt der Strichcode seinem Wesen nach als EAN-13-Barcodes auf jeder damit markierten Ware anders in Erscheinung und ist damit weder für die Eintragung im Register, noch für die Verbraucher als ein Zeichen definierbar, das klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, dauerhaft und objektiv ist. Der Hinweis des Beschwerdeführers auf die Vergleichbarkeit mit der abstrakten Farbmarke geht insoweit fehl, als die konturunbestimmte Farbmarke zwar in unterschiedlichen Auftritten vorkommt, der Schutzgegenstand, die Farbe, aber stets dieselbe ist. Bei dieser Markenform wird nicht die Farbskala als solche, oder ein Teil davon monopolisiert, sondern ein ganz bestimmter, in ihr definierter Farbton. Hingegen soll hier das begehrte Zeichen selbst immer verschieden sein und sich die Bestimmtheit des Zeichens aus dem dem System zugrunde liegenden Regelwerk ableiten lassen. Damit wäre das Regelwerk das eigentlich zu schützende Zeichen. Deshalb ist der in der Anmeldung dargestellte Strichcode auch nur als Beispiel zu verstehen und wird so gut wie nie mit dem Zeichen übereinstimmen, das sodann auf der Ware angebracht sein muss oder die Dienstleistung markiert.

Im Vortrag des Beschwerdeführers der Verkehr könne ohnehin die diversen Anordnungen von Strichen nicht unterscheiden und erkenne nur eine Aneinanderreihung von Strichen, nicht jedoch in welcher Abfolge Strich und Lücke aufeinander-

treffen, wird das Wesen der Registermarke wie es sich aus den Feststellungen des Europäischen Gerichtshofes ergibt, im Unterschied zur Benutzungsmarke verkannt. Genau hierin unterscheidet sich das verfahrensgegenständliche Zeichen nämlich von den Zeichen, die den Entscheidungen zur Schutzfähigkeit anderer nicht-konventioneller Markenformen zugrunde liegen. Die beanspruchte auswechselbare Balkengrafik ist gerade keine mittelbare Darstellung des visuell nicht wahrnehmbaren Regelwerks, denn sie ist nicht in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv. Insoweit hatte der Europäische Gerichtshof auch mangels einer bislang noch fehlenden leicht vom Verbraucher nach vollziehbaren Kodifikation einer Geruchsskala die grafische Darstellbarkeit von Geruchsmarken verneint (GRUR 2003, 145, 147 - Rn. 45 - Sieckmann).

Da es bei dem angemeldeten Zeichen um ein System geht, das in seiner konkreten Verwendung visuell nicht objektiv und beständig reproduziert werden kann, ist es auch nicht grafisch fassbar. Es liegt in seiner Natur, dass es unendlich viele Strichcodes für unendlich viele Waren gibt. Jede Darstellung ist nur beispielhaft für viele mögliche andere, die aufgrund des Systems hervorgebracht werden können. Damit ist das im Marktauftritt von den Verkehrskreisen mit dem Auge sinnlich wahrgenommene Zeichen nicht Gegenstand der Anmeldung. Umgekehrt kann das als Zeichen zu schützende Regelwerk, das sich am Beispiel unterschiedlicher Formen von Strichcodes präsentiert vom Verbraucher nicht visuell wahrgenommen werden. Der Gegenstand der Anmeldung bezieht sich daher auf eine Vielzahl unbestimmter Erscheinungsformen und ist daher unbestimmt (EuGH C-321/03 vom 25. Januar 2007 - Rn. 31 ff. - Dyson).

3.3. Dieses grafisch nicht darstellbare Zeichen ist von der Monopolisierung ausgeschlossen um den Wettbewerb nicht zu verzerren (a. a. O., Rn. 34). Durch die Eintragung des - auch unvollständigen - EAN-13-Barcodes als Zeichen für den Beschwerdeführer würde ein Zeichen monopolisiert werden, das weltweit eine eindeutige Produktkennzeichnung darstellt.

3.4. Dem Zeichen fehlt insbesondere auch die grafische Darstellbarkeit für Dienstleistungen. Für die Kennzeichnung von Dienstleistungen erweist sich die Beschreibung bereits als ungeeignet. Die Beschreibung ist auf die Kennzeichnung der Ware „Buch“ ausgerichtet. Dienstleistungen werden in der Regel durch die mit der Marke ausgestatteten Geschäftspapiere und Rechnungen gekennzeichnet. Es könnte daher lediglich ein bestimmter Strichcode als Bildmarke auf derartigen Geschäftsunterlagen abgebildet werden. Die Variabilität des Codes könnte nicht dargestellt, sondern wiederum nur beispielhaft ein Code stellvertretend für unendlich viele andere bildlich dargestellt werden. Damit würde es wiederum an der Übereinstimmung mit der Eintragung fehlen.

4. Weitere hilfsweise Feststellungen zur Unterscheidungskraft des angemeldeten Zeichens erübrigen sich insofern, als sich bereits aus der Unbestimmtheit des Zeichens kein konkreter Bezug zwischen dem Zeichen und den beanspruchten Waren und Dienstleistungen herstellen lässt. Eine solche Prüfung wäre nämlich im Hinblick auf jede einzelne Ware und Dienstleistung gesondert vorzunehmen (EuGH GRUR Int. 2004, 500 ff. - Rn. 73 - Postkantoor; BGH GRUR 2005, 417 - BerlinCard).

5. Unbeschadet dieser Feststellung des Senats stünden dem Zeichen jedoch auch die Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG entgegen. Da der interessierte, durchschnittlich informierte Verbraucher den Strichcode aus der täglichen Begegnung auf - zwischenzeitlich nahezu - allen Waren kennt, die er erwirbt, wird er in dieser im Handel genutzten technischen Möglichkeit nur eine Art der Kennzeichnung zur Identifikation der Waren sehen. Aufgrund der jahrelangen Gewöhnung des Verkehrs an den Strichcode als solchen, unabhängig davon wie er gebildet wird und welcher Untergruppe er angehört, ist diese Aufeinanderfolge von dicken und dünnen, schwarzen, parallelen Strichen mit Lücken „nur“ ein Code. Nur als solchen wird der Verbraucher ihn erkennen und ihn keinem Unternehmen oder Hersteller zuordnen. Typisch ist diese Kennzeichnung dabei insbesondere für die beanspruchten Waren „Bücher“. Der Verkehr erkennt in dem Code nur die

Verschlüsselung von warenspezifischen Angaben, wie Verlag, Autor, Titel, Preis etc., die bei der Decodierung durch eine Scannerkasse dem Verkäufer handelsinterne Informationen liefern, z. B. für die Nachbestellung oder den Warenbestand. Auch wenn der Durchschnittsverbraucher nicht die einzelnen Striche und deren Abfolge memorieren wird, so wird er keine analysierenden Gedankengänge anstellen, sondern die Balkenstriche nur als EAN-13-Barcode ansehen und allein von deren Funktion im Handel ausgehen (EuGH GRUR 2004, 428 - Rn. 53 - Henkel Waschmittelflasche) und nicht davon, dass es sich um einen herstellerbezogenen Unternehmenshinweis handelt.

An dieser Einschätzung ändert sich auch durch die vom Beschwerdeführer hervorgehobene Position des angemeldeten Zeichens nichts. Um als Positionsmarke Schutz zu erlangen, bedarf es eines stets gleichbleibenden Zeichens, an stets derselben Stelle, im stets gleichbleibenden Verhältnis zur Ware (BPatG Mitt 2000, 114, 115 - Positionierungsmarke). Hier fehlt es jedoch bereits an dem Erfordernis eines stets gleichbleibenden Zeichens im Unterschied zu der vom Beschwerdeführer angeführten Entscheidung (BGH GRUR 1998, 819 f. - Jeanstasche mit Ausrufezeichen; s. a. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rn. 170 m. w. N.; BPatG, Beschluss vom 22. Juni 2005, 27 W (pat) 139/04 - Zusatzetikett: „Angesichts der Gewohnheit des Verkehrs einem Zusatzetikett Produktinformationen über Größe, Stoffqualität, Pflege der Ware etc. zu entnehmen, sieht dieser keine Veranlassung, ein derartiges Etikett als Herkunftshinweis anzusehen. Es ist nicht ersichtlich, dass sich diese Erwartung durch eine bestimmte Positionierung des Zusatzetiketts verändern.“).

6. Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zu. Zu den Erfordernissen der grafischen Darstellbarkeit von Zeichen als Regelwerk, deren jeweilige konkrete Erscheinungsform sich algorithmisch berechnen lassen und bei deren Anmeldung das der Anmeldung beigefügte Bild nur beispielhaft sein soll, liegt bislang noch keine nationale höchstrichterliche Entscheidung vor. Diese Frage erscheint dem Senat aber von grundsätzlicher Bedeutung.

7. Der Senat setzt das Verfahren nicht aus, um an den Europäischen Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen zu richten. Zum einen ist er dazu nicht verpflichtet nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG i. V. m. Art. 234 Abs. 2 EG. Zum anderen sieht er in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache C-321/03 vom 25. Januar 2007 - Dyson bereits eine ausreichende Beantwortung dieser hier im Verfahren aufgeworfenen und vom Beschwerdeführer als Vorlagefragen angeregten Rechtsprobleme. Des Weiteren möchte er dem Beschwerdeführer die Klärung auf der Ebene der nationalen höchstrichterlichen Rechtsprechung ermöglichen. Da der Bundesgerichtshof nach Art. 234 Abs. 3 EG eine obligatorische Vorlagepflicht hat, ist auf diese Weise dem Beschwerdeführer auch nicht endgültig die Klärung der Rechtsfragen durch den Europäischen Gerichtshof abgeschnitten.

gez.

Unterschriften