

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen: 28 W (pat) 19/08

Entscheidungsdatum: 25. Juli 2008
Az. der Parallelentscheidungen:
28 W (pat) 15/08
28 W (pat) 16/08
28 W (pat) 17/08
28 W (pat) 18/08
28 W (pat) 20/08
28 W (pat) 21/08
28 W (pat) 22/08
28 W (pat) 23/08
28 W (pat) 24/08
28 W (pat) 25/08
28 W (pat) 57/08

Rechtsbeschwerde zugelassen: nein

Normen: Artikel 2 Markenrichtlinie; § 8 Abs. 1 MarkenG

1. Zur markenrechtlichen Schutzfähigkeit konturloser Farbzusammenstellungen.
2. Eine konturlose Farbkombination, genügt auch bei eindeutiger und dauerhafter Beschreibung der beanspruchten Farben weder den Anforderungen an die graphische Darstellbarkeit noch dem markenrechtlichen Bestimmtheitsgebot, wenn sie in der Markenbeschreibung lediglich Bandbreiten für die Mengenanteile der Farben vorsieht (z. B. 55 % bis 95 % Orange, 5 % bis 45 % Schwarz). Denn eine solche Markenbeschreibung führt zu einer unbestimmten Zahl von konkreten Farbzusammenstellungen, die dem Markenschutz nicht zugänglich ist.



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 19/08

(AktENZEICHEN)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
25. Juli 2008

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 307 37 810.1

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel sowie der Richterin Werner und des Richters Schell

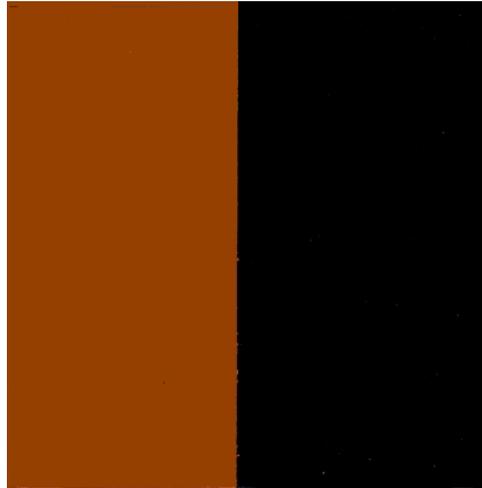
beschlossen:

Die Beschwerde der Anmelderin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Anmelderin stellt Industrieroboter her, die sie in Deutschland und international vertreibt. Die Oberflächen dieser Roboter sind in vielen Fällen vollständig oder fast vollständig zweifarbig in Orange und Schwarz gestaltet. Auch für die graphische Gestaltung von Prospekten und Geschäftspapier verwendet die Anmelderin die Farben Orange und Schwarz. Vor diesem Hintergrund strebt die Anmelderin Markenschutz für eine konturlose Farbkombination aus den beiden Farben Schwarz und Orange an, bei deren konkreter Erscheinungsform die Farbe Orange überwiegen soll. Mit diesem Ziel hat die Anmelderin zusammen mit der vorliegenden Anmeldung eine ganze Reihe von Marken-Anmeldungen jeweils für die Waren „Roboter“ (Klasse 7) beim Deutschen Patent- und Markenamt eingereicht, die alle die konturlose Kombination der beiden Farben Orange und Schwarz zum Gegenstand haben und sich nur in der Markenbeschreibung hinsichtlich der quantitativen Farbverteilung in Prozent oder Anteilen und teilweise auch in den Angaben zur Aufteilung des Anteils einer Farbe in zusammenhängende und nicht zusammenhängende Flächen unterscheiden. Allen Anmeldungen, die unter der formularmäßigen Bezeichnung „sonstige Markenform“ firmieren, ist das nachstehend abgebildete, auf einer quadratischen Metallplatte angebrachte Farbmuster gemeinsam, auf dem sich zwei vertikale, gleich breite Farbstreifen befinden, von denen der linke orangefarben ist und der rechte schwarz:



In einer „Ergänzung der Wiedergabe in Schriftform“, die den Anmeldeformularen beilieg, heißt es an erster Stelle:

„1. Markenform:

Die angemeldete Marke ist eine abstrakte, konturlose Zwei-Farb-Marke“.

Die beiden Farben werden wörtlich wie folgt definiert:

„3. Farbton:

Der Farbton der beiden Markenfarben entspricht demjenigen, der den beigefügten Farbtonkarten zu entnehmen ist.

a) Orange:

Bei der vorliegenden Farbe handelt es sich um eine Hausfarbe, die aus dem RAL DESIGN Farbsystem dem Farbton mit der Kennzeichnungsnummer 050 50 50 am nächsten kommt.

Genau handelt es sich um den anhand der L-, a-, und b-Werte im Rahmen des CIE-Lab-Systems der Internationalen Beleuchtungskommission definierten Farbton (gemessen bei Tageslicht D65):

$$L = 53,07 \qquad a = 29,72 \qquad b = 34,27$$

b) Schwarz:

Bei der vorliegenden Farbe handelt es sich um eine Farbe, die aus dem RAL CLASSIC Farbsystem dem Farbton mit der Kennzeichnungsnummer 9011 am nächsten kommt.

Genau handelt es sich um den anhand der L-, a-, und b-Werte im Rahmen des CIE-Lab-Systems der Internationalen Beleuchtungskommission definierten Farben (gemessen bei Tageslicht D65):

$$L = 26,34 \qquad a = -0,03 \qquad b = -0,87''.$$

Speziell für die vorliegende Anmeldung heißt es dann weiter:

„4. Systematische Anordnung der Farben:

a) Farbverbindung:

Die zwei Farben grenzen unmittelbar aneinander.

b) Farbanteile:

Der Orangeanteil beträgt zwischen 95 und 55 Prozent; er ist innerhalb des so begrenzten Bereichs variabel.

Der Schwarzanteil beträgt zwischen 5 und 45 Prozent; er ist innerhalb des so begrenzten Bereichs variabel.

Beide Farbanteile zusammen ergeben in allen Varianten 100 Prozent.

c) Flächenhafte bzw. räumliche Farbverteilung:

Mindestens 2/3 des Orangeanteils hängen unmittelbar zusammen

d) Farbanbringung:

Die Waren selbst sind mit den Farben der angemeldeten Marke gestaltet“.

Mit Bescheid vom 17. August 2007 hat die Markenstelle für Klasse 7 des Deutschen Patent- und Markenamts die angemeldete Farbkombination unter Hinweis auf die vom Europäischen Gerichtshof in EuGH GRUR 2003, 145 ff. - Sieckmann - entwickelten Anforderungen als graphisch nicht darstellbar und außerdem als nicht unterscheidungskräftig beanstandet. Im weiteren Verfahren hat die Markenstelle die Anmeldung mit zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, mit der Begründung zurückgewiesen, dass sich die angemeldete Farbkombination nicht i. S. v. § 8 Abs. 1 MarkenG graphisch darstellen lasse. Der Erstbeschluss beruft sich dabei ausdrücklich auf die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes EuGH GRUR 2003, 604 ff. - Libertel und GRUR 2004, 858 ff. - Heidelberger Bauchemie - sowie auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs BGH GRUR 2007, 55 ff. - Grün/Gelb II.

Mit ihrer Beschwerde möchte die Anmelderin die Aufhebung der angegriffenen Beschlüsse und die Eintragung der von ihr angemeldeten abstrakten Farbkombination als Marke erreichen, da ihre Anmeldung auch im Sinne der maßgebenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs

graphisch darstellbar und sowohl abstrakt als auch konkret unterscheidungskräftig sei.

Zur Frage der abstrakten Markenfähigkeit konturloser Farbzeichen und der konkreten Unterscheidungskraft der angemeldeten Farbkombination hat die Anmelderin Kurzgutachten der Dr. W... & Partner GmbH vom 7. Februar 2007 und vom 25. April 2008 vorgelegt. Die Anmelderin beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 7 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 8. Oktober 2007 und vom 27. November 2007 aufzuheben.

Außerdem hat die Anmelderin die Zulassung der Rechtsbeschwerde angeregt.

In einem Zusatz zur Ladung zum Termin vom 30. April 2008 hat der Vorsitzende des Senats auf das Bedenken hingewiesen, die Anmeldung könne auch gegen den registerrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz verstoßen, weil die abstrakten Anforderungen, die in der Anmeldung für die Gestaltung der angemeldeten Farbkombination vorgesehen seien, nicht nur von *einem* ganz bestimmten Zeichen, sondern von einer unbestimmten Zahl konkreter Zeichen erfüllt werden könnten. Zu den weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Akten.

II.

Die zulässige Beschwerde der Anmelderin bleibt in der Sache ohne Erfolg, weil die angemeldete Farbkombination das für eine Registermarke unabdingbare Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit i. S. v. § 8 Abs. 1 MarkenG nicht erfüllt und im Übrigen gegen das im Markenrecht für Benutzungs- und Registermarken geltende Bestimmtheitsgebot verstößt.

Die angemeldete Farbkombination erfüllt nicht das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit des § 8 Abs. 1 MarkenG, das der gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift des Art. 2 MarkenRL (BT-Dr. 12/6581, S. 70) entstammt. Der Senat ist daher bei der Auslegung von § 8 Abs. 1 MarkenG an die Auslegung des Art. 2 MarkenRL durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) gebunden, wie sie in den Vorlageentscheidungen EuGH GRUR 2003, 604 ff. - Libertel - und GRUR 2004, 858 ff. - Heidelberger Bauchemie - vorgenommen wurde. Danach muss eine graphische Darstellung i. S. v. Art. 2 MarkenRL es ermöglichen, das Zeichen, für das markenrechtlicher Schutz begehrt wird, insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen sichtbar so wiederzugeben, dass es genau identifiziert werden kann EuGH GRUR 2003, 604, 606, Rnr. 28 f. - Libertel - EuGH GRUR 2004, 858, 859 Rnr. 25 ff. - Heidelberger Bauchemie -. In EuGH GRUR 2004, 858 ff. - Heidelberger Bauchemie - heißt es unter den Randnummern 26 ff. weiter wörtlich:

„(26) Diese Auslegung ist im Interesse der Funktionsfähigkeit des Systems der Eintragung der Marken geboten. (27) Das Erfordernis der graphischen Darstellung dient insbesondere dem Zweck, die Marke selbst festzulegen, um den genauen Gegenstand des Schutzes zu bestimmen, den die eingetragene Marke ihrem Inhaber gewährt. (28) Die Marke soll nämlich durch ihre Eintragung in ein öffentliches Register den zuständigen Behörden und der Öffentlichkeit, insbesondere den Wirtschaftsteilnehmern, zugänglich gemacht werden. (29) Zum einen müssen die zuständigen Behörden klar und eindeutig die Ausgestaltung der Zeichen erkennen können, aus denen eine Marke besteht, damit sie in der Lage sind, ihren Verpflichtungen in Bezug auf die Vorprüfung der Markenmeldung sowie auf die Veröffentlichung und den Fortbestand eines zweckdienlichen und genauen Markenregisters nachzukommen. (30) Zum anderen müssen die Wirtschaftsteilnehmer in der Lage sein, klar und eindeutig in Erfahrung zu bringen, welche Eintragungen oder Anmeldungen ihre gegen-

wärtigen oder potentiellen Wettbewerber veranlasst haben, und auf diese Weise einschlägige Informationen über die Rechte Dritter zu erlangen. (31) Demnach erfüllt ein Zeichen seine Rolle als eingetragene Marke nur dann, wenn es Gegenstand einer genauen und ständigen Wahrnehmung sein kann, die die Herkunftsfunktion dieser Marke gewährleistet. Im Hinblick auf die Dauer der Eintragung einer Marke und die Tatsache, dass die Eintragung nach der Richtlinie um mehr oder weniger lange Zeiträume verlängert werden kann, muß die Darstellung außerdem dauerhaft sein. (32) Folglich muß eine grafische Darstellung i. S. von Art. 2 der Richtlinie u. a. eindeutig und dauerhaft sein.

(33) Dies ist bei einer grafischen Darstellung von zwei oder mehr abstrakt und konturlos beanspruchten Farben nur dann gewährleistet, wenn sie systematisch so angeordnet ist, dass die betreffenden Farben in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden sind. (34) Die bloße form- und konturlose Zusammenstellung zweier oder mehrerer Farben oder die Nennung zweier oder mehrerer Farben „in jeglichen denkbaren Formen“, wie sie Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, weist nicht die nach Art. 2 der Richtlinie, so wie er in den Rdnrn. 25 bis 32 des vorliegenden Urteils ausgelegt wurde, erforderlichen Merkmale der Eindeutigkeit und Beständigkeit auf. (35) Solche Darstellungen ließen nämlich zahlreiche unterschiedliche Kombinationen zu, die es dem Verbraucher nicht erlaubten, eine bestimmte Kombination zu erkennen und in Erinnerung zu behalten, auf die er sich mit Gewissheit für weitere Käufe beziehen könnte, und auch den zuständigen Behörden und den Wirtschaftsteilnehmern nicht ermöglichen, den Umfang der geschützten Rechte des Markeninhabers zu kennen.“

Aus diesen Feststellungen hat der Bundesgerichtshof in BGH GRUR 2007, 55, 56 (Rnr. 13) - Grün/Gelb II - die Schlussfolgerung gezogen, dass eine Angabe der *konkreten Farbverteilung* erforderlich sei. Dieses Kriterium sei jedenfalls dann erfüllt, wenn etwa begehrt werde, mehrere Farben im Verhältnis 1:1 in seitlicher Anordnung nebeneinander einzutragen, bei mehr als zwei Farben auch unter Angabe der Reihenfolge (unter Hinweis auf BPatG GRUR 2005, 1056, 1057 - zweifarbige Kombination Dunkelblau/Hellblau).

Nach dieser Rechtsprechung verlangt die graphische Darstellbarkeit einer konturlosen Farbzusammenstellung

- (a) eine eindeutige und dauerhafte Bezeichnung der beanspruchten Farben,
- (b) konkrete Festlegungen zum quantitativen Verhältnis der Farben zu einander und
- (c) konkrete Festlegungen zur räumlichen Anordnung der beanspruchten Farben.

Dabei handelt es sich um Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen, nicht nur alternativ.

In der vorliegenden Anmeldung fehlen sowohl konkrete Festlegungen zum quantitativen Verhältnis der Farben zu einander (Voraussetzung [b]) als auch zur konkreten Farbverteilung (Voraussetzung [c]). Statt dessen enthält die Markenbeschreibung der Anmeldung ein ausschließlich abstraktes Regelwerk mit drei Variablen. Das sind hier zunächst die Bandbreiten für das Mengenverhältnis der konkreten Farbanteile und die beliebige räumliche Anordnung der Farben, denn für das zuletzt genannte Kriterium enthält die Markenbeschreibung keinerlei Vorgaben. Die dritte Variable ist in dem letzten Satz der Markenbeschreibung

enthalten, in dem es heißt: „Mindestens $\frac{2}{3}$ des Orangeanteils hängen unmittelbar zusammen“.

Diese Vorgabe eröffnet für die Gestaltung von $\frac{1}{3}$ des Orangeanteils eine Bandbreite unbestimmter Möglichkeiten. Sie reicht von einer Zusammenfassung dieses Anteils mit den weiteren $\frac{2}{3}$ des Orangeanteils zu einer einzigen einheitlichen Farbfläche über eine Aufteilung in nur zwei Orangeanteile im Verhältnis von $\frac{2}{3}$ zu $\frac{1}{3}$ bis zu einer Aufgliederung des Anteils von $\frac{1}{3}$ in eine beliebige Zahl von Zeichenanteilen in der Farbe Orange, für die nach der Markenbeschreibung nur die Vorgabe gilt, dass sie nicht mehr als $\frac{1}{3}$ des gesamten Orangeanteils in der gesamten Farbkombination ausmachen dürfen. Für die räumliche Anordnung der verschiedenen Farbanteile dieser variablen Konkretisierungen der Markenbeschreibung sind keine Festlegungen vorgesehen. Eine vollständige Umsetzung der Markenbeschreibung führt daher nicht etwa nur zur Bildung einer einzigen, ganz bestimmten Farbzusammenstellung, sondern ermöglicht vielmehr die Bildung einer *unbestimmten* Zahl konkreter Farbzusammenstellungen. Nach der auch in diesem Punkt variablen Markenbeschreibung läßt sich eine unbestimmte Zahl konkreter Zeichen bilden, zu denen alle abstrakten oder figürlichen Muster und alle abstrakten oder figürlichen optischen Gestaltungen gehören, bei denen die Gesamtkomposition ausschließlich in den Farben Orange und Schwarz gehalten ist und sich die beiden Farbanteile im Rahmen der beiden vorgegebenen Bandbreiten bewegen. Erfasst wird weiter die unbestimmte Zahl entsprechender Aufmachungsformen für Waren und Verpackungen.

Dass die Anmeldung zumindest alle abstrakten Bildgestaltungen erfasst (im Unterschied zu figürlichen Gestaltungen und zu abstrakten und figürlichen Mustern), die sich im Rahmen der variablen Markenbeschreibung bewegen, hat auch die Anmelderin nicht bestritten. Bereits eine Umsetzung der Markenbeschreibung nur für abstrakte optische Gestaltungen ermöglicht schon die Bildung einer unbestimmten Zahl konkreter Farbzusammenstellungen. Dazu gehören z. B. alle Gestaltungen, bei denen sich der zusammenhängende Orangeanteil optisch als

durchgehender und damit zusammenhängender Untergrund für eine oder mehrere abstrakte schwarze Formen darstellt, die ihrerseits wieder eine unbestimmte Zahl kleinerer orangefarbener Farbeinschlüsse enthalten können. (Vgl. dazu auch das Beispiel für eine Konkretisierung der variablen Markenbeschreibung, das die Anmelderin in einem parallelen Anmeldeverfahren in ihrem Schriftsatz vom 27. August 2007 gebildet hat, Registerakte 307 27 805.5, Seiten 50, 52, jetzt unter dem Aktenzeichen 28 W (pat) 15/07 als paralleles Beschwerdeverfahren anhängig.) Die Anmeldung ist also auf zahlreiche unterschiedliche Zusammenstellungen der beanspruchten Farben gerichtet, die sich nach der Rechtsprechung von EuGH und BGH einer graphischen Darstellbarkeit i. S. von Art. 2 der Richtlinie und § 8 Abs. 1 MarkenG entziehen (vgl. auch EuGH GRUR 2007, 231 ff. Rnr. 31 ff. - Dyson; BPatG GRUR 2008, 416 ff. - Strichcode).

Der Auffassung der Anmelderin, dass diese Auslegung gesetzlicher Bestimmungen von der zitierten Rechtsprechung nicht gedeckt werde und unvereinbar sei mit dem Wesen der konturlosen Mehrfarbenmarke, deren abstrakte Markenfähigkeit der EuGH eindeutig festgestellt habe, schließt sich der Senat nicht an. Zum Wesen der konturlosen Mehrfarbenmarke gehört es, dass sie im Unterschied zu anderen Markenkategorien dem Markeninhaber sowohl für die optische Gestaltung des konkreten Erscheinungsbildes der Marke als auch für deren markenmäßige Benutzung gewisse Spielräume eröffnet. Anders als im Fall der Bildmarke ist die konturlose Farbmarke z. B. weder an eine bestimmte Ausdehnung in der Fläche noch an einen bestimmten Umriss gebunden. Und anders als im Fall der Aufmachungsfarbmarke ist ihre Verwendung z. B. für die Aufmachung der Ware selbst oder für deren Verpackung nur eine Option neben anderen und kein Element ihres kennzeichnenden Charakters i. S. v. § 26 Abs. 3 MarkenG. Diese Gestaltungsspielräume finden ihre notwendige Grenze im registerrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, wonach Markenschutz jeweils nur für ein bestimmtes, einheitliches Zeichen gewährt werden kann. Eindeutigkeit, Einheitlichkeit und Beständigkeit werden in den zitierten Entscheidungen von EuGH und BGH ausdrücklich als zwingend notwendige Eigenschaften eines Register-

Zeichens gefordert und solchen Anmeldungen gegenübergestellt, die - wie die vorliegende - nur aus abstrakten Festlegungen bestehen und deswegen die Bildung einer unbestimmten Zahl konkreter Farbzusammenstellungen ermöglichen. Der EuGH hat ausdrücklich festgestellt, dass das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit insbesondere dem Zweck dient, die Marke selbst festzulegen, um den genauen Schutz zu bestimmen, den die eingetragene Marke ihrem Inhaber gewährt (EuGH GRUR 2004, 858, 859 Rdnr. 27). Eben diesen Zweck kann die vorliegende Anmeldung nicht erfüllen, weil sie nicht etwa nur auf ein ganz bestimmte, konkrete Farbzusammenstellung gerichtet ist, sondern auf die *unbestimmte Summe* aller abstrakten oder figürlichen Muster und aller abstrakten oder figürlichen optischen Gestaltungen, bei denen sich der orangefarbene und der schwarze Farbanteil jeweils im Rahmen der beiden vorgegebenen Bandbreiten halten und zusammen jeweils 100 % der konkreten Farbzusammenstellung ausmachen. Im Falle einer Eintragung würde das Register die Mitwerber schon deswegen nicht verlässlich über den konkreten Umfang des gewährten Schutzrechts informieren, weil die Summe aller möglichen Konkretisierungen der angemeldeten Farbkombination unbestimmt ist und sich bereits aus praktischen Gründen einer Veröffentlichung entzieht. Dass die Anmeldung eine unbestimmte Zahl konkreter Farbzusammenstellungen erfasst, ist auch der Grund dafür, dass das Patentamt die Anmeldung nicht abschließend prüfen könnte.

Die Anmelderin hat demgegenüber die Auffassung vertreten, dass die in ihrer Anmeldung vorgenommene Festlegung der Bandbreiten für die quantitativen Anteile der beiden beanspruchten Farben und für die Darstellung von $\frac{2}{3}$ bis $\frac{3}{3}$ des Orangeanteils als zusammenhängender Bereich zusammen mit der Vorgabe, dass die beiden Farben unmittelbar aneinander grenzen, als konkrete Vorgaben für die Anordnung der Farben ausreichen. Dabei können diese Vorgaben auch nach Auffassung der Anmelderin nicht nur von einer einzigen, ganz bestimmten Farbzusammenstellung erfüllt werden, sondern sie umfassen jedenfalls die unbestimmte Summe aller abstrakten optischen Gestaltungen (im Unterschied zu figürlichen Gestaltungen und zu abstrakten und figürlichen Mustern, die nach

Auffassung des Senats ebenfalls erfaßt werden), die sich im Rahmen der variablen Markenbeschreibung bewegen. Ein solcher, auf eine unbestimmte Zahl konkreter Farbzusammenstellungen gerichteter Schutzgegenstand läßt sich jedoch nicht in Einklang bringen mit den Feststellungen des BGH, der ausdrücklich Angaben sowohl zur quantitativen Verteilung der Farben als auch zur *konkreten* Farbverteilung verlangt und diese Kriterien jedenfalls dann für erfüllt hält, wenn etwa begehrt wird, mehrere Farben im Verhältnis 1:1 *in seitlicher Anordnung* einzutragen (BGH a. a. O. Rnr. 13). In diesem Beispielsfall wird also für die *konkrete* Farbverteilung sowohl eine konkrete quantitative Festlegung verlangt als auch eine konkrete Festlegung der Anordnung der Farben in ihrem räumlichen Verhältnis zu einander. Entsprechende konkrete Festlegungen fehlen im vorliegenden Fall. Unvereinbar ist die Rechtsauffassung der Anmelderin auch mit den Ausführungen des EuGH, wonach die graphische Darstellung von zwei abstrakt und konturlos beanspruchten Farben nur dann eindeutig sein kann, wenn sie systematisch so angeordnet ist, dass die betreffenden Farben in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden sind (EuGH GRUR 2004, 858, 859 a. a. O. Rnr. 32, 33). Aus der Sicht des Senats ist allenfalls zweifelhaft, ob die zitierten Ausführungen auch dahin verstanden werden müssen, dass die Komponenten einer konturlosen Farbzusammenstellung immer unmittelbar an einander angrenzen müssen. Denn es sind konturlose Farbkombinationen denkbar, bei denen die verschiedenen Farben durch einen Zwischenraum von einander getrennt sind und das Zeichen insgesamt gleichwohl die Anforderungen von EuGH und BGH an seine graphische Darstellbarkeit und konkrete Unterscheidungskraft erfüllt. Dagegen folgt aus den genannten Ausführungen des EuGH unzweifelhaft, dass für die graphische Darstellbarkeit einer konturlosen Farbkombination *konkrete* Festlegungen sowohl zur quantitativen Verteilung als auch zur räumlichen Anordnung der Farben im Verhältnis zu einander notwendig sind, damit *nur eine* eindeutig bestimmte Farbzusammenstellung unter Markenschutz gestellt wird und nicht - was der EuGH ausdrücklich für unzulässig erklärt hat - zahlreiche unterschiedliche Zusammenstellungen.

Die Feststellungen des Senats zur fehlenden graphischen Darstellbarkeit der angemeldeten Farbkombination stehen auch im Einklang mit den Ausführungen des BGH in BGH GRUR 2007, 55, 56 Rnr. 17 - Grün/Gelb II. Dort wiederholt der BGH zunächst seine Forderung nach konkreten Festlegungen für das flächenmäßige Verhältnis der Farben *und* deren Zuordnung zu einander und stellt dann lediglich klar, dass es in dem zur Entscheidung anstehenden Fall nicht um die Frage gehe, ob über die genannten Anforderungen hinaus das Kriterium der graphischen Darstellbarkeit i. S. des Art. 2 der MarkenRL auch eine konkrete flächenhafte oder räumliche Begrenzung der Farben erfordere. So verhält es sich auch im vorliegenden Fall: Die Feststellungen des Senats über die fehlende graphische Darstellbarkeit der angemeldeten konturlosen Farbkombination sind ausschließlich mit dem Fehlen *konkreter* Festlegungen für die quantitativen Anteile der beiden Farbanteile und für die räumliche Anordnung dieser Farbanteile zu einander begründet. Auf die Frage, ob die graphische Darstellbarkeit einer konturlosen Farbzusammenstellung außerdem konkrete Festlegungen für den äußeren Umriss des Zeichens und seine Ausdehnung in der Fläche erforderlich macht, kommt es daher nicht mehr an (BGH a. a. O unter Hinweis auf BPatG GRUR 2005, 1056, 1057- zweifarbige Kombination Dunkelblau/Hellblau).

Bei dieser Sachlage ist die Anmeldung - unter Bestätigung der angegriffenen Beschlüsse der Markenstelle - wegen fehlender graphischer Darstellbarkeit i. S. v. § 8 Abs. 1 MarkenG und mangelnder Bestimmtheit zurückzuweisen.

Diese Feststellungen würden auch in dem Fall gelten, dass die letzte Vorgabe in der Markenbeschreibung, wonach die Waren „mit den Farben der angemeldeten Marke gestaltet“ sein sollen, eine eindeutige Festlegung des begehrten Schutzgegenstandes auf die Kategorie der Aufmachungsfarbmarke bewirkt hätte. Auch für diese Markenkategorie gilt das allgemeine Bestimmtheitsgebot und im registerrechtlichen Eintragungsverfahren das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit i. S. v. § 8 Abs. 1 MarkenG. Diesen Anforderungen genügt die vorliegende Anmeldung jedoch nicht. Denn auch für diese Markenkategorie stellt sich die Mar-

kenbeschreibung als ein abstraktes Regelwerk dar, dessen Umsetzung eine unbestimmte Zahl verschiedener konkreter Aufmachungen für die Industrie-Roboter ermöglicht, um die es hier geht. Insbesondere fehlt jede Festlegung für die konkrete räumliche Verteilung der beiden beanspruchten Farben auf den Robotern. Auch bloß allgemeine Angaben zur regelmäßigen Anbringung der Farben werden nicht gemacht - denkbar wäre z. B. gewesen, dass die Roboter Orange-farben sein sollten bis auf das letzte, äußere Glied, das immer schwarz gewesen wäre. Die Frage, ob solche abstrakt-bestimmten Festlegungen überhaupt dazu geeignet sind, die abstrakte Schutzzfähigkeit einer Aufmachungsfarbmarke zu begründen, stellt sich daher nicht.

Offenbleiben kann auch die Frage, ob im vorliegenden Fall entgegen der Vorgabe unter Nr. 1 der Markenbeschreibung in der „Ergänzung der Wiedergabe in Schriftform“, wonach die angemeldete Marke eine „abstrakte, konturlose Zwei-Farb-Marke“ sein soll, mit der letzten Vorgabe unter 4 d) überhaupt noch eine Festlegung auf die sehr viel engere Markenkategorie der Aufmachungsfarbmarke erreicht werden konnte.

Bei dieser Rechtslage ist es nicht mehr entscheidungserheblich, ob die Angaben der Anmelderin zur Identifikation der beanspruchten Farben eine eindeutige und dauerhafte Bezeichnung i. S. d. zitierten Entscheidungen darstellen (Voraussetzung [a]).

Auch auf die Ausführungen der Anmelderin zur abstrakten und konkreten Unterscheidungskraft der angemeldeten Farbkombination kommt es nicht mehr an. Die vorgelegten Untersuchungen können auch unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Verkehrsdurchsetzung gem. § 8 Abs. 3 MarkenG nicht entscheidungserheblich werden, weil die fehlende graphische Darstellbarkeit nicht im Wege der Verkehrsdurchsetzung überwunden werden kann (vgl. BGH a. a. O. S. 57. Rnr. 28). Das folgt aus der enumerativen Formulierung des § 8 Abs. 3 MarkenG, mit der ausdrücklich festgelegt wird, dass im registerrechtlichen Eintragungsverfahren

nur die Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG im Wege der Verkehrsdurchsetzung überwunden werden können und keine anderen, also auch nicht das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit i. S. v. § 8 Abs. 1 MarkenG.

Die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof war nicht zuzulassen, weil weder über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung entschieden worden ist (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erforderlich macht (§ 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Vielmehr beruht die Entscheidung des Senats in allen Punkten auf einer Umsetzung der maßgebenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Bundesgerichtshofs.

Stoppel

Schell

Werner

Me