

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen: 24 W (pat) 75/10

Entscheidungsdatum: 19. März 2013

Rechtsbeschwerde zugelassen: ja

Normen: §§ 54, 50 Abs. 1 und 2 MarkenG
§ 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2, § 8 Abs. 3 MarkenG

Farbmarke Blau

1.

Der selbständige Markencharakter einer konturlosen Einfarbmärke, die zu den Grundfarben zählt, tritt nicht erkennbar hervor, wenn die beanspruchte Farbe lediglich im Hintergrund einer bekannten Wortmarke verwendet wird und als deren farbiger, dekorativ ausgestalteter Hintergrund die graphisch zwingende Funktion hat, das in weißen Buchstaben geschriebene Markenwort überhaupt erst sichtbar zu machen.

2.

Der selbständige Markencharakter einer konturlosen Einfarbmärke, die zu den Grundfarben zählt, tritt nicht erkennbar hervor, wenn die beanspruchte Farbe stets nur in Verbindung mit einer bestimmten zweiten Farbe und im Verhältnis zur dieser und weiteren Farben zu wechselnden, die Produktgestaltung nicht durchgehend dominierenden Anteilen verwendet wird.

3.

Der Verkehr kann in einer Farbe an sich, die zu den Grundfarben zählt, dann keinen eigenständigen betrieblichen Herkunftshinweis erkennen, wenn der Einsatz dieser Farbe sich nicht von dem in der maßgebenden Branche üblichen Farbeinsatz abhebt und es den Gewohnheiten des betreffenden Marktes entspricht, Farben als Sachhinweis sowie zum Zwecke der Dekoration einzusetzen.

4.

Für die Verkehrsdurchsetzung einer konturlosen Einfarbmärke, die zu den Grundfarben zählt, die auf dem einschlägigen, von Farbenvielfalt geprägten Markt häufig zu rein dekorativen Zwecken verwendet wird, die außerdem als beschreibende Angabe etabliert ist und die der Markeninhaber im Verkehr nie allein, sondern stets zumindest auch in Verbindung mit einer bestimmten anderen Farbe und gerade nicht durchgehend als Hintergrundfarbe bzw. die Warenverpackung dominierende Farbe verwendet, ist ein hoher Zuordnungsgrad von mindestens 75 % erforderlich.



BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 75/10

(Aktenzeichen)

Verkündet am
19. März 2013

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 305 71 072
(hier: Lösungsverfahren S 17/08)

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 2013 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Werner sowie der Richterin Dr. Schnurr und des Richters Heimen

beschlossen:

1. Die Beschwerde der Markeninhaberin wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien dieses Lösungsverfahrens, Inhaberinnen umsatzstarker Marken, sind seit vielen Jahren Wettbewerber auf dem Markt für Haut- und Körperpflegeprodukte. Die Antragstellerin begehrt die Löschung der am 12. November 2007 aufgrund von Verkehrsdurchsetzung für die Waren

„Klasse 3: Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, nämlich Haut- und Körperpflegeprodukte“

eingetragenen Farbmarke Nr. 305 71 072 „Blau (Pantone 280 C)“



(Abb. 1).

Das Zeichen ist am 30. November 2005 angemeldet worden. Nach Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses auf die genannten Waren der Klasse 3 hat das Deutsche Patent- und Markenamt die konturlose Einfarbmärke aufgrund von Verkehrsdurchsetzung für eintragungsfähig erachtet und sich zur Begründung u. a. auf eine von der Antragsgegnerin in Auftrag gegebene Verkehrsbefragung der I...-GmbH in M... gestützt (Fassung vom 3. August 2007, Befragungszeitraum März/April 2006, zuerst vorgelegt als Anl. 40 zum Schrifts. der AG. v. 5. Oktober 2007, AAEintr Bl. 80 ff., 85; zuletzt vorgelegt i. d. F. v. 23. Juli 2008 als Anl. AG11 zum Schrifts. der AG. v. 9. Januar 2009, AALö Bl. 101 ff.).

Die Antragstellerin trägt vor, die abstrakte Farbmarke sei von Haus aus nicht unterscheidungskräftig und freihaltebedürftig. Blau werde für die Aufmachung von Haut- und Körperpflegeprodukten häufig verwendet und zähle zu den Primärfarben. Die Farbe weise auf ein speziell für Herren bestimmtes Marktsegment der Haut- und Körperpflegeprodukte sowie auf Produkte zur Nachtpflege hin. Die Voraussetzungen für eine Verkehrsdurchsetzung lägen nicht vor, denn es habe keine Gewöhnung des Verkehrs an die beanspruchte Farbe als Hinweis auf die Herkunft von Haut- und Körperpflegeprodukten als aus einem bestimmten Unternehmen stammend stattgefunden. Die Antragsgegnerin benutze ihre Farbe zudem nicht markenmäßig. Zur Ausgestaltung ihrer Produktverpackungen verwende sie ein breites Spektrum unterschiedlicher Farben, darunter auch zahlreiche Blautöne und Lila. Bediene sie sich des beanspruchten Blautones, geschehe dies immer auch in Verbindung mit Weiß und mit der prominenten Wortmarke „NIVEA“. Die von der Antragsgegnerin vorgelegten Zahlen bzw. Unterlagen zu Marktanteilen, Umsätzen und Werbeaufwendungen könnten eine Verkehrsdurchsetzung aus die-

sem Grunde nicht belegen. Die zur Akte gereichte Verkehrsbefragung der I...-GmbH sei fehlerhaft durchgeführt worden, was die Antragstellerin unter Bezugnahme auf ein Gutachten der P..., t... GmbH, vom 16. Oktober 2008 (Anl. AST21 z. Schrifts. d. AST. v. 30. Oktober 2008, AALö Bd. II) detailliert ausgeführt hat. Schließlich handele es sich um eine bösgläubige Anmeldung.

Die Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin hat dem ihr am 25. Februar 2008 zugestellten Löschungsantrag mit beim Deutschen Patent- und Markenamt am 22. April 2008 eingegangenen Schriftsatz widersprochen.

Mit Beschluss vom 22. Februar 2010 hat die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts die Marke Nr. 305 71 072 „Blau (Pantone 280 C)“ gelöscht, §§ 54, 50 Abs. 1, 2 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Zur Begründung hat sie die Argumente der Antragstellerin aufgegriffen. Ergänzend hat sie zum Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ausgeführt, der Markt für Haut- und Körperpflegeprodukte stelle keinen eng umgrenzten, spezifischen Markt dar. Die Antragsgegnerin könne sich nicht erfolgreich auf eine Verkehrsdurchsetzung berufen. Eine Verwendung des streitgegenständlichen Farbtons auf der Verpackung der Haut- und Körperpflegeprodukte im Rahmen des „NIVEA“-Schriftzugs, als Hintergrundfarbe z. B. für Produktinformationen, für weitere, ihrerseits beschreibende Wortbestandteile oder für den Verschluss von Verpackungen stelle grundsätzlich keine markenmäßige Benutzung der abstrakten Farbmarke dar, zumal eine Kennzeichnung mit „NIVEA“ häufig mit den Farben Blau und Weiß verbunden werde. Selbst dann, wenn man zugunsten der Antragsgegnerin von einer markenmäßigen Benutzung ausgehe, könne nicht festgestellt werden, dass die angegriffene Farbmarke in Folge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt habe. Das vorgelegte demoskopische Gutachten weise mehrere, im Einzelnen näher spezifizierte Kritikpunkte auf, und ein Zuordnungsgrad von ca. 55 % reiche zum Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung nicht aus.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde. Sie weist darauf hin, dass die Antragstellerin die Feststellungslast dafür treffe, dass ein möglicherweise im Eintragungs- bzw. Entscheidungszeitpunkt bestehendes Schutzhindernis nicht im Wege der Verkehrsdurchsetzung überwunden worden sei. Die Antragsgegnerin hält die beanspruchte Farbmarke für die Waren „Haut- und Körperpflegeprodukte“ von Haus aus für unterscheidungskräftig und nicht freihaltebedürftig. Markenmäßig verwendet werde die Farbe in Verbindung mit den mit der Marke „NIVEA“ gekennzeichneten Produkten, die den gesamten Bereich der „Haut- und Körperpflegeprodukte“, nämlich Produkte der Hautpflege, Seifen-, Bade- und Duschzusätze, Babypflege, Gesichtspflege, Haarpflege und der Herrenpflege abdeckten. Jedes „NIVEA“-Produkt sei zumindest zum Teil in dem eingetragenen Blau gehalten; jedenfalls der „NIVEA“-Schriftzug weise stets den Farbton „Blau (Pantone 280 C)“ im Hintergrund auf. Darüber hinaus werde die Farbe im Rahmen der Werbung, für Merchandisingartikel, für die Aufmachung von „NIVEA“-Shops u. ä. benutzt. Die Antragsgegnerin verwende die Farbe Blau als „Hausfarbe“ seit mehr als 80 Jahren im Bereich der Haut- und Körperpflegeprodukte. Auf diesem Markt benutzten auch andere Anbieter eine Hausfarbe zur Kennzeichnung ihrer Waren. Marktführer im Bereich der Kosmetik und Körperpflege sei jedoch „NIVEA“ mit einem Gesamtmarktanteil von ... - ... %. Die mit „NIVEA“ erzielten Umsätze hätten in den Jahren 2004 - 2009 zwischen rund ... und ... € betragen. Der Werbeetat der Antragsgegnerin belaufe sich auf ca. ... € pro Jahr. Im Zeitraum zwischen 1995 und 2009 habe die Antragsgegnerin Fernsehspots im Wert von rund ... € geschaltet, was einer durchschnittlichen jährlichen Werbespende von mehr als ... € entspreche. Die Ausgaben für Printwerbung in den letzten 15 Jahren für „Nivea“ beliefen sich auf über ... €. Die Verkehrsbefragung sei korrekt durchgeführt worden und habe einen Zuordnungsgrad von ungestützt 60,4 % ergeben. Eine Verkehrsdurchsetzung ergebe sich auch aufgrund der langjährigen und intensiven Benutzung, der genannten Umsatzzahlen für die mit Blau gekennzeichneten „NIVEA“-Produkte sowie aufgrund der hohen Werbeaufwendungen. Weiter verweist die Antragsgegnerin auf ein Gutachten zur psychologischen Wirkung von Farben unter besonde-

rer Berücksichtigung des „NIVEA-Blau“ (S.../S1..., d... GmbH, März 2008, GA Anl. AG1 z. Schrifts. d. AG. v. 23. August 2010, GA Bl. 18 ff.). Der Antragstellerin seien zumindest teilweise insoweit die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, als sie mit dem Begehren, die Marke wegen bösgläubiger Markenmeldung zu löschen, ein aussichtsloses Interesse durchzusetzen versuche.

Ihren Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde begründet die Antragsgegnerin damit, dass höchstrichterlich bislang nicht entschieden sei, unter welchen Umständen einer abstrakten Farbmarke originäre Unterscheidungskraft zukommen könne. Das Kriterium für die Beurteilung eines spezifischen Marktsegments sei höchstrichterlich nicht geklärt. Klärungsbedürftig sei auch, unter welchen Voraussetzungen die Verkehrsdurchsetzung von abstrakten Farbmarken angenommen werden könne, insbesondere, ob diese von einem erhöhten Zuordnungsgrad abhängig gemacht werden dürfe.

Die Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin beantragt,

1. den Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 22. Februar 2010 aufzuheben und den Löschungsantrag zurückzuweisen,

der Antragstellerin insoweit teilweise die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, als sie ihren Löschungsantrag auch auf § 50 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG gestützt hat und

der Antragsgegnerin Schriftsatzfrist von 4 Wochen zur Stellungnahme auf die von Rechtsanwalt R... vorgelegten Marktanteilsdaten der Fa. A... nachzulassen,

2. hilfsweise, die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof gem. § 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zuzulassen,
3. hilfsweise, die Sache dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung über folgende Vorlagefragen vorzulegen:
 - a. Ist es richtlinienkonform mit Art. 3 Abs. 1 Buchst. b) der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates der EG Nr. 2008/95/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, einer abstrakten Farbmarke originäre Unterscheidungskraft nur unter den beiden Voraussetzungen zuzubilligen, dass Schutz für die Marke nur in einem spezifischen Marktsegment beansprucht wird und in diesem Segment eine Gewöhnung des maßgeblichen Verkehrs an Farben als solche als betrieblicher Herkunftshinweis vorliegt? Wie müssen diese beiden Kriterien richtlinienkonform bestimmt werden?
 - b. Ist es richtlinienkonform mit Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates der EG Nummer 2008/95/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, dass eine abstrakte Farbmarke Unterscheidungskraft in Folge ihrer Benutzung nur unter erhöhten Anforderungen erlangen kann und beispielsweise ein grundsätzlich höherer Zuordnungsgrad gefordert werden darf?
4. hilfsweise das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung in den Vorlageverfahren des Bundespatentgerichts zum Gerichtshof der Europäischen Union Az. 33 W (pat) 33/12 und 33 W (pat) 103/09 aussetzen.

Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde und den Antrag der Antragsgegnerin auf Kostenerstattung zurückzuweisen.

Die Antragstellerin verteidigt den angefochtenen Beschluss.

Im Hinblick auf das hier anhängige Lösungsverfahren hat der Bundesgerichtshof (Az. BGH I ZR 209/08, vorherg. Hanseat. OLG Hamburg, Urt. v. 29. Oktober 2008, Az. 5 U 148/07) ein dort in der Revision zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits anhängiges Verletzungsverfahren ausgesetzt. Der Senat hat die Akten beigezogen und die in der Akte enthaltenen Benutzungsbeispiele zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

Ergänzend wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 19. März 2013, auf die Verfahrensakten (AAEintr = Amtsakte zum Eintragungsverfahren, AALö = Amtsakte zum Lösungsverfahren, GA = Gerichtsakte) und auf die beigezogenen Akten BGH I ZR 209/08 (= BA) Bezug genommen.

II.

Die gemäß § 66 Abs. 1 MarkenG zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die Markenstelle hat zu Recht die Löschung der konturlosen Einfarbmarke angeordnet, §§ 54, 50 Abs. 1, 2 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG. Weder im Eintragungszeitpunkt im November 2007, noch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Lösungsantrag im März 2013 kam bzw. kommt dem - zusätzlich gem. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG Freihaltebedürftigen - Zeichen das zu einer Eintragung erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft zu, § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Zur Überzeugung des Senats, der auf der Grundlage der zur Akte gereichten, um eigene Recherchen ergänzten Belege hinreichende Feststellungen zu treffen vermochte, hatte bzw. hat sich das angegriffene Zeichen weder im Eintragungszeitpunkt, noch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag i. S. d. § 8 Abs. 3 MarkenG im Verkehr durchgesetzt. Hierzu fehlte bzw. fehlt es an einer markenmäßigen Benutzung der beanspruchten Einfarbmärke. Gegen eine Verkehrsdurchsetzung, für welche der Senat im konkreten Einzelfall einen Zuordnungsgrad von mindestens 75 % für erforderlich erachtet, sprechen zusätzlich die Ergebnisse der zur Akte gereichten Verkehrsbefragung der I...-GmbH.

Der Senat hat sich davon überzeugt, dass die Voraussetzungen zur Löschung der eingetragenen Marke bereits im Zeitpunkt ihrer Eintragung gegeben waren und noch gegeben sind. Deswegen kommt es auf die von der Antragsgegnerin angesprochene Frage der Feststellungslast, - welche insbesondere für das Fehlen der Voraussetzungen einer Verkehrsdurchsetzung im Löschungsverfahren der Antragsteller trägt (vgl. Ströbele u. Kirschneck, Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl. 2011, Rn. 457 zu § 8, Rn. 12 zu § 59; Rn. 20 zu § 54) - in diesem Löschungsverfahren nicht entscheidungserheblich an.

1.

Die - grundsätzlich i. S. d. § 8 Abs. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 MarkenG markenfähige - konturlose Einfarbmärke wies im Eintragungszeitpunkt und weist im März 2013 von Haus aus nicht das zu einer Eintragung erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft auf, § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Unterscheidungskraft i. S. dieser Vorschrift ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die Herkunft der angemeldeten Waren eines Unternehmens gegenüber einer Herkunft aus anderen Unternehmen aufgefasst zu werden und damit die betriebliche Zuordnung dieser Waren zu ermöglichen (vgl. EuGH GRUR 2006, 229 (Rn. 27 f.) - BioID; GRUR 2004, 674, (Rn. 34) - POSTKANTOOR, BGH GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard;

GRUR 2006, 850 (Rn. 18) - FUSSBALL WM 2006). Dies gilt grundsätzlich unterschiedslos für alle Markenformen. Dass einer Farbe als solcher unabhängig von ihrer Benutzung Unterscheidungskraft zukommt, ist allerdings nur unter außergewöhnlichen Umständen möglich. Farben nehmen Verbraucher nämlich in aller Regel nur als Gestaltungsmittel wahr, weil diese für gewöhnlich lediglich als dekoratives Element oder als sachbezogenes Ausdrucksmittel, nicht aber als betriebliches Herkunftszeichen verwendet werden (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 (Rn. 40 und 65) - Libertel; EuGH GRUR 2004, 858 (Rn. 38) - Heidelberger Bauchemie GmbH).

Originäre Unterscheidungskraft kann einer Farbmarke daher nur zukommen, sofern kumulativ a) der maßgebliche Markt sehr spezifisch ist und nur einen überschaubaren Bereich von Waren umfasst sowie b) in dem betreffenden Markt entweder die Verwendung von Farben überhaupt unüblich oder die konkrete Farbe äußerst ungewöhnlich ist und c) der Verkehr durch eine entsprechende Branchenübung langfristig an eine Verwendung von Farben als Kennzeichnungsmittel gewöhnt ist (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 (Rn. 65, 66) - Libertel, GRUR 2004, 858, (Rn. 38, 39) - Heidelberger Bauchemie; EuGH GRUR Int. 2005, 227 (Rn. 78-81) - Farbe Orange; BGH GRUR 2010, 637 (Rn. 12, 13) - Farbe Gelb).

a)

Das angegriffene Zeichen beansprucht Schutz für „Produkte zur Haut- und Körperpflege“ und damit für Waren des persönlichen, täglichen Gebrauchs, die grundsätzlich von allen Bevölkerungsgruppen verwendet und erworben werden (vgl. BGH GRUR 2008, 710 ff., (Rn. 31, 32) - Visage). Es richtet sich an sämtliche Verbraucher und an die Fachverkehrskreise für „Haut- und Körperpflegeprodukte“. Die Antragsgegnerin beansprucht somit Schutz für einen Farbton auf dem gesamten Markt der Haut- und Körperpflegeprodukte mit einem Gesamtumsatz von 12,743 Mrd. € im Jahre 2010 im Inland (vgl. Trend Topic Beauty, Axel Springer AG, 2011, GA Bl. 198 ff., den Verfahrensbeteiligten m. d. Ladungsverf. übersandt). Zugunsten der Antragsgegnerin hat der Senat unterstellt, dass dieser - wei-

te - Markt das Kriterium eines „spezifischen Marktes“ (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 (Rn. 66 - Libertel) noch erfüllt.

b)

Farben waren und sind in diesem Markt den angesprochenen Verbrauchern allgegenwärtig. Ihre Verwendung war und ist zu Dekorationszwecken sowie als Sachhinweis üblich. So wurden und werden z. B. dunkelblaue Farbtöne wie die hier beanspruchte Grundfarbe „Blau (Pantone 280 C)“ häufig für die dekorative Aufmachung von Haut- und Körperpflegeprodukten verwendet, daneben werden sie als Sachhinweis auf für Herren bestimmte Produkte sowie auf Produkte zur Nachtpflege eingesetzt.

Die Marktsituation im Jahre 2007 und ihre Entwicklung bis hin zum Zeitpunkt der Entscheidung im März 2013 sowie insbesondere die Kennzeichnungspraxis der Antragsgegnerin in dieser Zeit sind in der beigezogenen Akte und den Akten dieses Verfahrens hinreichend dokumentiert. Als Teil der angesprochenen Verkehrskreise vermochte der Senat Feststellungen zur Marktsituation im Rahmen der gebotenen Amtsermittlung aus eigener Sachkunde zu treffen. Er hat sich durch eigene Recherchen davon überzeugt, dass der Akteninhalt die Gegebenheiten am Markt zutreffend wiedergibt.

Branchenüblich für den Markt für Haut- und Körperpflegeprodukte ist zum einen eine Farbenvielfalt zu rein dekorativen Zwecken (vgl. Schrifts. d. AST. v. 30. Juni 2011, GA Bl. 63-65; Anl. z. Prot. v. 19. März 2013, GA Bl. 430-434; Schrifts. d. B. v. 14. März 2007, BA Bl. 56-58, Anl. B1-B4; GA Bl. 214-217, d. Part. m. d. Ladungsverf. übersandt; Schrifts. d. AST. v. 22. Januar 2008, AALö Bd. I. Anl. AST4 u. AST5; Schrifts. d. B. v. 22. Mai 2007, BA Bl. 108, 112, Anl. B10; Schrifts. d. K. v. 22. Januar 2007, BA Bl. 1 ff., 24, 25, Anl. K33-38).

Außerdem wurden und werden Farben auf diesem Markt als Sachhinweis eingesetzt. Dunkle Blautöne wurden und werden z. B. als Hinweis auf Produkte für die

sogenannte Nachtpflege verwendet (Schrifts. d. AST. v. 30. Juni 2011, GA Bl. 69; GA Bl. 224 ff., d. Part. m. d. Ladungsverf. übersandt; Schrifts. d. K. v. 18. Juni 2007, BA Bl. 122 ff., 125; Schrifts. d. AG. v. 24. Juli 2008, AALö Bd. I mit Warenmustern in den Anlagenkonvoluten AG1-AG8 im Karton; Schrifts. d. K. v. 21. November 2007, BA Bl. 175, 176) oder als Hinweis auf eine bestimmte Zielgruppe, nämlich auf Haut- und Körperpflegeprodukte für Herren (Schrifts. d. AST. v. 30. Juni 2011, GA Bl. 66, 67; GA Bl. 234 ff., d. Part. m. d. Ladungsverf. übersandt; Schrifts. d. K. v. 18. Juni 2007, BA Bl. 122 ff., 125; Schrifts. d. AG. v. 24. Juli 2008, AALö Bd. I mit Warenmustern in den Anlagenkonvoluten AG1-AG8 im Karton).

Schließlich werden Farben auch dafür eingesetzt, gleichartige Produkte desselben Herstellers nach ihren verschiedenen Anwendungsbereichen voneinander zu unterscheiden (Bsp. Shampoos: Verwendung der Farbe Gelb für Produkte für blondes, der Farbe Braun für Produkte für braunes und der Farbe Rot für Produkte für koloriertes Haar, vgl. Schrifts. d. AST. v. 30. Juni 2011; GA Bl. 68). Farben signalisieren außerdem verschiedene Geruchsrichtungen und Inhaltsstoffe (Bsp.: Grün für „Kräuter“ oder „Apfel“; Blau für „Ice“, Gelb für „Kamille“, vgl. GA Bl. 236 - 239, d. Part. m. d. Ladungsverf. übersandt).

Zu diesen Feststellungen zur Verwendung von Farben für produktbezogene Sachhinweise innerhalb eines auch zu dekorativen Zwecken farbenfroh gestalteten Marktes stehen die Ergebnisse des Gutachtens der d...

GmbH (Anl. AG1 z. Schrifts. d. AG. v. 23. August 2010, GA Bl. 18 ff.), dort insbesondere die Aussage, dass Farben bei der Orientierung am Verkaufsregal eine Rolle spielen, nicht in Widerspruch.

Auch die Tatsache, dass es zumindest einzelne Hersteller am Markt der Haut- und Körperpflegeprodukte gab, die zur Ausgestaltung ihrer Produktverpackungen einen einheitlichen Farbauftritt benutzten (Bsp.: die in den Jahren 2007 und 2010 ganz in Hellgrün als Hintergrundfarbe gehaltenen Produkte der Marke „...“

von L..., Schrifts. d. AG. v. 23. August 2010, GA Bl. 31, Schrifts. d. K. v. 10. April 2007, BA Bl. 75 ff., 78, Anl. K70), widersprechen den genannten Feststellungen zum Farbeinsatz auf diesem Markt nicht.

Einen dunkelblauen Farbton, der dem hier beanspruchten Ton „Blau (Pantone 280 C)“ nahe kommt, verwendeten zur Einfärbung der Verpackungen von Produkten zur Haut- und Körperpflege im Jahre 2007 schließlich auch die Antragstellerin als Inhaberin der Marke „...“ (Schrifts. d. K. v. 22. Januar 2007, BA Bl. 1 ff., Muster zu Anl. K1-K8) sowie die Hersteller der Produkte „...“ („Abendsymphonie“), „...“ („Anti-Schuppen Intensiv“) und „...“ („Rundumschutz“) (vgl. Schrifts. d. AST. v. 22. Januar 2008, AALö Bd. I, Bl. 1 ff., Bl. 2 mit Anl. AST2; Schrifts. d. B. v. 14. März 2007, BA Bl. 53 ff., 62, mit Anl. B9). Im Jahre 2013 verwenden vergleichbare Blautöne die Hersteller der Produkte „...“, „...“, und „...“ (GA Bl. 217 ff., 222, d. Part. m. d. Ladungsverf. übersandt).

Von den oben unter 1. genannten drei Voraussetzungen für die originäre Unterscheidungskraft einer Farbmarke liegt daher die zweite Voraussetzung nicht vor, wonach in dem maßgebenden Marktsegment die Verwendung von Farben überhaupt unüblich oder die konkrete Farbe äußerst ungewöhnlich sein muss.

c)

Da alle drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen, bedarf demnach die dritte Voraussetzung, nach welcher der Verkehr durch eine entsprechende Branchenübung langfristig an eine Verwendung von Farben in ihrer Funktion als Kennzeichnungsmittel gewöhnt sein muss, in diesem Zusammenhang keiner Prüfung.

Als Hinweis auf die Herkunft von Haut- und Körperpflegeprodukten als aus einem bestimmten Unternehmen stammend nimmt der Verkehr den beanspruchten Farbton jedenfalls nicht wahr.

2.

Einer Eintragung steht und stand im Eintragungszeitpunkt zugleich das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen. Nach dieser Vorschrift sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die zur Bezeichnung der Beschaffenheit von Waren dienen können. Dunkelblau wurde und wird, wie ausgeführt, u. a. als Sachhinweis auf eine Herren- oder Nachtpflege verwendet. Daran, dass derartige Gestaltungen nicht einem Unternehmen vorbehalten bleiben, sondern frei verwendet werden können, besteht ein besonderes Interesse der Allgemeinheit (vgl. EuGH GRUR 2003, 514 ff. (Rn. 73-75) - Linde, Winward und Rado); BGH, GRUR 2004, 502 ff. - Gabelstapler II; GRUR 2008, 1000 ff. (Rn. 16) - Käse in Blütenform II). Gerade bei Farben ermöglichte es die Vergabe unzulässiger Markenrechte, mit einer verhältnismäßig geringen Anzahl von Anmeldungen den Mitbewerbern ein wesentliches Gestaltungsmittel zu entziehen und einen freien, unverfälschten Wettbewerb weitgehend auszuschalten (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 ff. (Rn. 54-60) -Libertel; EuGH GRUR 2004, 858 - Heidelberger Bauchemie). Es besteht mithin die Gefahr, dass die Antragsgegnerin in einem Marktsegment, das sich durch besondere Farbenvielfalt auszeichnet, die Verwendung dieser Grundfarbe dauerhaft monopolisiert und so die Gestaltungsfreiheit auf dem hier in Rede stehenden Warengbiet erheblich einschränkt (vgl. BGHZ 166, 65 (Rn. 21) = GRUR 2006, 679 - Porsche Boxster; BGH GRUR 2010, 138 ff. (Rn. 29) - Rocher-Kugel).

3.

Diese Schutzhindernisse waren im Eintragungszeitpunkt und sind bis heute nicht im Wege der Verkehrsdurchsetzung überwunden worden, § 8 Abs. 3 MarkenG. Bei der beanspruchten blauen Farbmarke handelt es sich nicht um ein Zeichen, das sich auf dem Markt der Haut- und Körperpflegeprodukte als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen in den beteiligten Verkehrskreisen i. S. d. § 8 Abs. 3 MarkenG durchgesetzt hätte.

Die Frage, ob eine Marke infolge von Benutzung gem. § 8 Abs. 3 MarkenG Verkehrsdurchsetzung erlangt hat, ist aufgrund der Gesamtschau der Gesichtspunkte zu beantworten, die zeigen können, dass die Marke nunmehr geeignet ist, die fraglichen Waren als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und damit von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 ff. (Rn. 54) - Windsurfing Chiemsee). Um von einer Verkehrsdurchsetzung ausgehen zu können, muss das Zeichen einen Bedeutungswandel von einem ursprünglich nicht als betriebliche Herkunftskennzeichnung aufzufassenden Zeichen hin zu einer der Herkunftsfunktion entsprechenden Marke erfahren haben (vgl. Ströbele, a. a. O., Rn. 514 zu § 8; Fezer, WRP 2005, 1, 18; Goldmann, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, 2. Aufl. 2005, Rn. 12 f. zu § 6). Dazu reicht es nicht aus, dass der Verkehr in dem Zeichen neben einer beschreibenden Funktion auch einen betrieblichen Herkunftshinweis sehen kann, weil dann kein Bedeutungswandel eingetreten ist (vgl. BGH GRUR 2006, 760 ff. (Rn. 15, 16) - LOTTO; Risthaus, WRP 2006, 1299, 1300).

a)

Ein Bedeutungswandel war und ist zur Überzeugung des Senats weder im Eintragungs- noch im Entscheidungszeitpunkt infolge von Benutzung eingetreten, denn die Einfarbmarke „Blau (Pantone 280 C)“ ist innerhalb dieser Zeitspanne nicht markenmäßig benutzt worden. Zur Anerkennung einer Verkehrsdurchsetzung ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union jedoch zwingend eine Benutzung der Marke als Marke erforderlich (vgl. EuGH GRUR 2002, 804 (Rn. 64, 65) - Philips; GRUR 2005, 763 (Rn. 26) - Nestlé/Mars; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl. 2010, § 8 Rn. 324; Ströbele, a. a. O. Rn. 254, 493, 495 zu § 8; Risthaus, WRP 2006, 1299 ff., 1300).

Zur markenmäßigen, funktionsgemäßen Benutzung einer konturlosen Einfarbmarke ist erforderlich, dass der selbständige Markencharakter der Farbmarke erkennbar so hervortritt, dass in der Farbe an sich ein eigenständiger betrieblicher Herkunftshinweis erblickt wird (vgl. Ströbele, a. a. O. Rn. 17, 162 zu § 26; Ingerl/

Rohnke, a. a. O. Rn. 65, 159 zu § 26; vgl. BPatG 28 W (pat) 223/04, B. v. 28. Februar 2007 - Farbe Verkehrsrot; BPatG 30 W (pat) 95/10 B. v. 24. Januar 2013 - Rot (RAL 3000)). Dies ist unter Berücksichtigung der jeweiligen branchenüblichen Gegebenheiten und der Art der verwendeten Marke aus Sicht des jeweils angesprochenen, normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers festzustellen (vgl. EuGH GRUR 2003, 425 (Rn. 38, 43) - Ansul/Ajax; BGH GRUR 2005, 1047, 1049 - OTTO; BGH GRUR 2006, 150 (Rn. 9-12) - NORMA). Wirkt eine Marke - durch die Art ihrer Wiedergabe oder durch ihre Verbindung mit weiteren Elementen - lediglich als beschreibende Angabe, schließt dies eine markenmäßige Benutzung aus (vgl. Ströbele, a. a. O., Rn. 60 zu § 26; Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 26, Rn. 68; Ingerl/Rohnke, a. a. O., Rn. 87 zu § 26; Eckey/Klippel/Bender, Markenrecht, 2. Aufl. 2009, Bearb. Bous, Rn. 43 zu § 26). Von einer funktionsgemäßen Benutzung kann auch dann nicht ausgegangen werden, wenn die Farbe lediglich als dekoratives Element z. B. in einer Hintergrundgestaltung auftritt, während die Herkunftsfunktion von anderen Kennzeichen erfüllt wird (vgl. Ströbele, a. a. O., Rn. 65 zu § 26; Sack, WRP 2001, 1022 ff., 1027, 1028; Frommeyer, Rechtserhaltende Benutzung bei abweichender Markenform, Karlsruher Schriften zum Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Bd. 1, 2002, S. 227 f.).

Nach Maßgabe dieser Kriterien stellen diejenigen Benutzungsbeispiele der angegriffenen Farbmarke, die sich in diesem und im vorangegangenen Verletzungsverfahren bei der Akte befinden und die nach den Ergebnissen ergänzender Recherchen des Senats der tatsächlichen Verwendung des Zeichens in der Zeit zwischen 2007 und 2013 entsprechen, keine markenmäßige Benutzung dar:

aa)

Dunkelblau hat die Antragsgegnerin in Schattierungen, die dem Farbton „Blau (Pantone 280 C“) jedenfalls nahe kommen, bis März 2013 wie folgt verwendet:

Seit über sechzig Jahren vertreibt die Antragsgegnerin eine weiße „Nivea Creme“ in einer runden, dunkelblauen Dose (vgl. BA Klageschrift v. 22. Januar 2007 Bl. 9, 10, Anl. K9; K12, dort Abb. 48 S. 55). Der Deckel dieser Dose trägt seit jeher eine weiße Aufschrift, die derzeit „NIVEA Creme“ lautet. In jüngerer Zeit vertreibt die Antragsgegnerin auch bestimmte Varianten der „NIVEA Body Milk“ in einer dunkelblauen Flasche (vgl. S. 22 Abb. 6 die mittlere Flasche).

Daneben dominierte im Jahre 2007 in der breit angelegten Produktlinie „NIVEA Visage“ die Hintergrundfarbe Weiß mit Ausnahme der Nachtpflege, die - branchenüblich beschreibend - in Dunkelblau gehalten war. Das Produkt „Summer Beauty“ war neben einem weißen Hintergrund mit sonnengelben Flecken ausgestattet. Das Produkt „Aqua Beauty“ war neben einem weißen Deckel in einem hellen Meerblau gehalten. Die Produktreihe „NIVEA Sun“ verfügte neben unterschiedlichen Blautönen vor allem über Braun- und Gelbtöne als Hintergrundfarben (vgl. ebenso LG Hamburg, Az. 315 O 79/07, Urt. v. 19. Juli 2007, BA Bl. 137 ff.; Schrifts. d. B. v. 14. März 2007, BA Bl. 51 ff., 61, Anl. B7, B8; Schrifts. d. B. v. 22. Mai 2007, BA Bl. 108 ff., 112 Anl. B 10; Schrifts. d. B. v. 28. Januar 2009, BA Bl. 212 ff., 218, Anl. B13).

Diese Praxis der Antragsgegnerin, verschiedene Farben auf verschiedene Weisen für die Verpackungen, Dosen, Flaschen oder Tuben für ihre Waren zu verwenden, hat sich in der Zeit bis zur Entscheidung über die Beschwerde im März 2013 fortgesetzt (Schrifts. d. AST. v. 22. Januar 2008, AALö Bd. I, Anl. AST3-7; Schrifts. d. AST. v. 30. Okt. 2008, AALö Bd. II. Anl. AST19, 20, 22; Schrifts. d. B. v. 28. Januar 2008, BA Bl. 212 ff., 218 Anl. B 13; vgl. Schrifts. d. AST. v. 30. Juni 2011, GA Bl. 74, 75; Schrifts. d. AG. v. 29. Februar 2012, GA Bl. 120, 126 - 138; GA Bl. 209, 210, 211, 212, 240 ff., d. Part. m. d. Ladungsverf. übersandt; zu den Lila-Tönen vgl. Schrifts. der AG. v. 23. August 2010, GA Bl. 18 ff., Anl. AG. 7, dort die Anzeigen „TV Spielfilm“ 12/10: 05.06. bis 18.6.2010; „Brigitte“ Nr. 12 v. 19.5.2010; „Mein schöner Garten“ Ausg. Mai 2010; „Lebensmittelzeitung“ Nr. 24 v. 18.6.2010;

Schrifts. d. AST. v. 30. Oktober 2008, AALö Bd. II AST19; zu den Blau-Tönen vgl. Schrifts. d. AST. v. 30. Juni 2011, GA Bl. 61 ff., 69 ff.).

In ihrer aktuellen Produktpalette (vgl. GA, Anl. zum Schrifts. d. AG. vom 13. Februar 2013 mit eingereichten Warenmustern in 2 Kartons) dominieren die Hintergrundfarben Hellblau und Weiß. Ein dunkelblauer Farbton findet sich auf diesen aktuellen Benutzungsbeispielen ganz überwiegend nur noch innerhalb der folgenden Kombinationszeichen:



(Abb. 2: GM Nr. 10256782, zur Kennzeichnungspraxis vgl. Schrifts. d. AG. v. 13. Februar 2013, GA Bl. 270 ff., mit eingereichten Warenmustern, sowie GA Bl. 308, 309, 312, Anl. AG24 und GA Bl. 313 ff., Anl. AG25),



(Abb. 3: Marke Nr. 30756434, zur Kennzeichnungspraxis vgl. Schrifts. d. AG. v. 13. Februar 2013, mit eingereichten Warenmustern, GA Bl. 312) und



(Abb. 4: Marke Nr. 30 2008 010 299, zur Kennzeichnungspraxis vgl. Schrifts. d. AG. v. 13. Februar 2013, GA Bl. 270 ff., mit eingereichten Warenmustern).

Diese Kombinationszeichen sind außerdem Beispiele für eine weitere Variante, in der die Antragsgegnerin in der Zeit seit Eintragung der angegriffenen Marke bis zum März 2013 einen dunkelblauen Farbton einsetzte und einsetzt: Dunkelblau verwendete und verwendet die Antragsgegnerin nämlich stets zur Hinterlegung des dem inländischen Durchschnittsverbraucher bekannten Markenwortes „NIVEA“ (lt. Handelsblatt vom 27. August 2012, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/von-nivea-bis-audi-diese-marken-lieben-die-deutschen/7052140.html>, belegt „NIVEA“ nach einer Umfrage des F...-Instituts Platz ... der zehn beliebtesten innerdeutschen Marken).

bb)

Die unter aa) festgestellten Verwendungsformen stellen keine markenmäßige Benutzung der angegriffenen Marke dar.

(i)

Der selbständige Markencharakter einer konturlosen Einfarbmarke tritt nicht erkennbar hervor, wenn die beanspruchte Farbe, hier „Blau (Pantone 280 C)“, lediglich im Hintergrund einer bekannten Wortmarke, hier „NIVEA“, verwendet wird und als deren farbiger, dekorativ ausgestalteter Hintergrund die graphisch zwingende Funktion hat, das in weißen Buchstaben geschriebene Markenwort überhaupt erst sichtbar zu machen.

Diese Feststellung trifft auf diejenigen Benutzungsbeispiele zu, in denen die Antragsgegnerin einen dunkelblauen Farbton als Hintergrundfarbe zur Einfärbung einer gesamten Produktverpackung verwendete und verwendet. Zugleich betrifft sie diejenigen unterschiedlichen Produktgestaltungen, in denen die Antragsgegnerin Dunkelblau als Hintergrundfarbe für den Schriftzug „NIVEA“ innerhalb - verschiedener - fester Konturen einsetzte. Wie die oben unter a) aa) abgebildeten aktuellen Benutzungsvarianten (Abb. 2-4) sowie - für die Vergangenheit - das Beispiel



(Abb. 5: Marke Nr. 30340653, Schrifts. d. B. v. 22. Mai 2007, BA Bl. 108 ff., 112, Anl. B 10; Schrifts. d. B. v. 28. Januar 2008, BA Bl. 212 ff., 218, Anl. B13; vgl. Schrifts. d. AST. v. 22. Januar 2008, AALö Bd. I, Anl. AST5)

illustrieren, kommt die Herkunftsfunktion insoweit jeweils dem Schriftzug „NIVEA“ zu, nicht dagegen dem Farbton, mit dem das Markenwort hinterlegt wurde. Insofern gilt der allgemein anerkannte Erfahrungssatz, dass der Verkehr in der Regel dem Wort als einfachster und kürzester Bezeichnungsform die prägende Bedeutung zumisst (st. Rspr., vgl. bereits BGH GRUR 1956, 183, 184 - Drei Punkt-Urteil; Hacker, Ströbele/Hacker, MarkenG., 10. Aufl. 2011, Rn. 392 zu § 9 m. w. N.). Die innerhalb dieser Wort-/Bildmarken verwendeten Blautöne nimmt der Verbraucher lediglich als dekorative Farbgestaltung wahr (vgl. hierzu BGH GRUR 2008, 710 ff. (Rn. 21) - VISAGE). Fasst der Durchschnittsverbraucher eine Farbe nur als dekoratives Element auf, ergäbe sich eine markenmäßige Verwendung der beanspruchten abstrakten Farbmarke im Übrigen auch dann nicht, wenn ein kleiner Teil des angesprochenen Publikums die Farbe als Marke erkannte und der fraglichen

Farbgebung deshalb einen Herkunftshinweis entnehme (vgl. BGH MarkenR 2012, 217 (Rn. 21 ff., 23) - Medusa).

Diese Beurteilung des Senats, nach welcher der selbständige Markencharakter einer konturlosen Einfarbmärke nicht erkennbar herkunftshinweisend hervortritt, wenn die beanspruchte Farbe lediglich als Hintergrund einer bekannten Wortmarke verwendet wird, steht nicht in Widerspruch zu der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, nach welcher der Erwerb von Unterscheidungskraft durch Benutzung sich auch aus der Benutzung als Bestandteil einer Gesamtmarke oder aus der Benutzung in Verbindung mit einer Marke ergeben kann (vgl. EuGH GRUR 2005, 763 f. (Rn. 30) - Nestlé/Mars; BGH GRUR 2008, 710 ff. (Rn. 38) - VISAGE). Denn ein farblicher Hintergrund, der die graphisch zwingende Funktion hat, das in weißen Buchstaben geschriebene Markenwort überhaupt erst sichtbar zu machen, zählt zu den einfachen und werbeüblichen Gestaltungen des Schriftbilds, denen für sich genommen regelmäßig keine selbständig schutzbegründende, herkunftshinweisende Funktion zukommt.

(ii)

Der selbständige Markencharakter einer konturlosen Einfarbmärke vermag zudem nicht erkennbar hervorzutreten, wenn die beanspruchte Farbe, hier „Blau (Pantone 280 C)“, stets nur in Verbindung mit einer bestimmten zweiten Farbe, hier Weiß, und im Verhältnis zur dieser und weiteren Farben zu wechselnden, die Produktgestaltung nicht durchgehend dominierenden Anteilen verwendet wird.

Sämtlichen zur Akte gereichten Benutzungsbeispielen der Antragsgegnerin ist gemein, dass diese einen dunkelblauen Farbton nie ohne Weiß verwendeten bzw. verwenden. Innerhalb ihrer markenbezogenen Kommunikation in den Medien wurden und werden „NIVEA“-Produkte von der Antragsgegnerin dementsprechend häufig als „Blau-Weiß“ bezeichnet und beworben (Schrifts. d. AST. v. 22. Januar 2008, AALö Bd. I. Anl. AST12 „NIVEA wird blau und weiß“ und Anl. AST15 „Blau-weiße Weihnachtsstimmung im NIVEA-Haus“, Schrifts. d. AST. v. 30. Okto-

ber 2008, AALö Bd. II., Anl. AST22, Stellenanzeige „Lust auf Blau-Weiß?“). Die Anteile, zu denen sich die Farben Dunkelblau und Weiß auf konkreten Produktgestaltungen gegenüberstehen bzw. gegenüberstanden, unterscheiden und unterscheiden sich dabei derart, dass neben einigen in Dunkelblau (vgl. die seit über 80 Jahren ähnliche Gestaltung der blauen „NIVEA“-Dose, in jüngerer Zeit u. a. einzelne Verpackungen von „NIVEA Body Milk“), Hellblau oder Lila als Hintergrundfarben gehaltenen Produktverpackungen zu einem stets erheblichen, mittlerweile weit überwiegenden Teil auch solche Warenverpackungen angeboten wurden und werden, auf denen die Farbe Weiß dominierte bzw. dominiert.

Dieser durch den Senat festgestellte Farbauftritt der Antragsgegnerin erwiese sich selbst zur Benutzung einer - stets durch ein bestimmtes Verhältnis ihrer Farbanteile zueinander zu definierenden - Zweifarbmarke (vgl. BPatG GRUR 2005, 1056, 1057 - zweifarbige Kombination Dunkelblau/Hellblau; BGH GRUR 2007, 55, 56, Rn. 13 - Grün/Gelb II; BPatG GRUR 2009, 157 ff., 159, 160 - Orange/Schwarz; BPatG 26 W (pat) 52/11, B. v. 8. Mai 2012 - konturlose Farbkombinationsmarke Rot-Weiß; vgl. auch für den Fall einer dreidimensionalen Marke EuGH GRUR 2007, 231 ff. (Rn. 31 ff.) - Dyson) als zu variantenreich. Der markenmäßigen Verwendung einer dunkelblauen Einfarbmarke steht er erst recht entgegen. Ein stets zweifarbiger Farbauftritt mit klar erkennbaren Variationen bei den die Produktverpackungen dominierenden Hintergrundfarben bietet dem Verkehr gerade keine Gelegenheit, sich an einen bestimmten Farbton im Sinne einer „Hausfarbe“ als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen zu gewöhnen (vgl. hierzu BGH GRUR 2004, 151, 154 - Farbmarkenverletzung I; BGH GRUR 2004, 154 ff., 155 f. - Farbmarkenverletzung II; GRUR 2005, 427, 428 - Lila-Schokolade; Ströbele, a. a. O., Rn. 162 zu § 26). Vielmehr wird auf diese Weise verhindert, dass der Verkehr in einem bestimmten Farbton einen eigenständigen betrieblichen Herkunftshinweis erblickt.

(iii)

Einen eigenständigen betrieblichen Herkunftshinweis vermag der Verkehr in einer Farbe an sich, die zu den Grundfarben zählt, auch dann nicht zu erblicken, wenn der Farbeinsatz eines Marktteilnehmers, hier der Antragsgegnerin, sich nicht von dem in dieser Branche üblichen Farbeinsatz abhebt und es den Gewohnheiten des betreffenden Marktes entspricht, Farben als Sachhinweis sowie zum Zwecke der Dekoration einzusetzen.

Wie oben dargestellt, ist es branchenüblich auf dem Markt der Haut- und Körperpflegeprodukte, Farben ganz überwiegend zu Dekorationszwecken oder als Sachhinweis einzusetzen, wobei dunkelblaue Farbtöne u. a. auf eine Nacht- oder Herrenpflege hinweisen.

Für das Jahr 2007 belegen die im patentamtlichen Lösungsverfahren zur Akte gereichten Warenmuster der Marke „NIVEA“ (Schrifts. d. AG. v. 24. Juli 2008, AALö Bd. I mit Warenmustern in den Anlagenkonvoluten AG1 - AG8 im Karton), dass auch die Antragsgegnerin die Farbe Dunkelblau als beschreibenden Hinweis auf Produkte zur Nachtpflege und zur Herrenpflege einsetzte. Eine sich dementsprechend bis März 2013 fortsetzende Praxis der Antragsgegnerin bei der Verwendung des eingetragenen Farbtons und ähnlicher Blautöne belegen die als Anlage zum Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 13. Februar 2013, GA 270 ff., zur Akte gereichten Warenmuster (2 Kartons, vgl. dort Kennzeichnungen mit „NIVEA FOR MEN“ bzw. „NIVEA VISAGE Q 10 plus Kreatin ANTI FALTEN NACHTPFLEGE“) sowie die Abbildungen von Produkten der Antragsgegnerin im Schriftsatz der Antragstellerin vom 30. Juni 2011 (GA Bl. 67, 69).

Die in der mündlichen Verhandlung exemplarisch in Augenschein genommenen Produktverpackungen der Waren „NIVEA Reichhaltige Bodymilk“; „NIVEA Verwöhnende Softmilk“ und „NIVEA Express Feuchtigkeits-Bodylotion“ (je 250 ml - Kunststoffflasche mit Klappdeckel, Anl. z. Schrifts. d. AG. v. 13. Februar 2013, GA 270 ff. mit eingereichten Warenmustern in 2 Kartons) veranschau-

lichen, dass die Antragsgegnerin die Hintergrundfarben ihrer Produkte branchentypisch ebenfalls beschreibend einsetzt:



(Abb. 6)

Die Farbhelligkeit gibt in diesem Fall Aufschluss über die Konsistenz des Inhalts. Ein dunkles Blau steht für ein reichhaltiges, stärker rückfettendes Produkt, ein helleres Blau für eine Körpermilch, die schneller als letztere in die Haut einzieht. Ein weißer Hintergrund kennzeichnet demgegenüber eine „extra schnell einziehende“ Body Lotion. Auch Nachtpflegeprodukte, auf deren Bestimmung im Markt der Haut- und Körperpflegeprodukte typischerweise mit dunkelblauen Farbtönen hingewiesen wird, zählen zu den stärker rückfettenden Produkten.

Als Sachhinweis hat die Antragsgegnerin zumindest in der Vergangenheit auch die Farben einiger Verschlusskappen ihrer Produkte eingesetzt: Der Schriftsatz der Antragstellerin vom 30. Juni 2011, GA Bl. 61 ff., 68, zeigt Verschlusskappen von Shampoo-Verpackungen, die in einem hellbeigen Ton gehalten waren, wenn das Produkt zur Pflege von blondem Haar bestimmt war, und einen braunen Farbton aufwiesen, sofern das Produkt zur Pflege von braunem Haar kreiert wurde (GA Bl. 68).

Die von der Antragsgegnerin als Anlage zum Schriftsatz vom 13. Februar 2013, GA Bl. 270 ff., in 2 Kartons zur Akte gereichten Warenmuster dokumentieren, dass ihre Praxis bei der Verwendung von Farben für Verschlusskappen inzwischen völlig uneinheitlich ist. Über die oben (Abb. 6) dargestellten dunkelblauen Kappen hinaus findet sich eine Vielzahl von Produkten, die mit weißen („NIVEA Deodorant fresh natural“), hellblau-transparenten („NIVEA Styling spray long repair“), dunkelblau transparenten („NIVEA for men Mild Rasier Gel“), durchsichtigen („NIVEA for Mensensitive Rasier Gel“) oder weißlich transparenten („NIVEA Sanfter Augen Make-up Entferner“) Verschlusskappen ausgestattet sind. Die Produkte „NIVEA Anti-Transpirant double effect“ (Roller und Spray) tragen lila Verschlusskappen; das Produkt „NIVEA pure effect All-in-1 täglicher Tiefenreiniger“ verfügt über eine in Türkis gehaltene Verschlusskappe (s. auch die Anl. zum Schrifts. d. AG. vom 13. Februar 2013, GA Bl. 270 ff., 281-295, 313-416).

Die zur Akte gereichten und recherchierten Belege dokumentieren somit eine Verwendung dunkelblauer Farbtöne durch die Antragsgegnerin, die sich von den festgestellten branchenüblichen Gepflogenheiten nicht abhebt. Die funktionsgemäße Benutzung einer Einfarbmarke auf dem hier einschlägigen Markt ist zur Überzeugung des Senats auf diese Weise nicht möglich, weil der Verkehr eine Farbe nicht als Herkunftshinweis versteht, wenn sie branchenüblich als Sachhinweis oder zum Zwecke der Dekoration eingesetzt wird.

b)

Da die Markeninhaberin nach den Feststellungen des Senats dunkelblaue Schattierungen nicht markenmäßig benutzt hat, kommt es auf die Frage nicht mehr an, ob die dunkelblauen Farben auf den Produktverpackungen, die als Beispiele für die Verwendung von Dunkelblau durch die Markeninhaberin, bzw. als Beispiele für eine markenmäßige Benutzung der angegriffenen Marke durch die Markeninhaberin in das Verfahren eingeführt wurden, überhaupt mit dem beanspruchten Farbton „Blau (Pantone 280 C)“ identisch sind. Zu dieser Frage hat der Senat keine eigenen Tatsachenfeststellungen getroffen.

c)

Auch die zum Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung vorgelegten Ergebnisse der Verkehrsbefragung der I...-GmbH, deren Ausgangsdaten im Jahre 2006 erhoben wurden, lassen, dies sei lediglich hilfsweise ausgeführt, weder für sich genommen, noch in Verbindung mit den weiteren, zur Akte gereichten Belegen eine entsprechende rechtliche Bewertung zu.

Denn zur Verkehrsdurchsetzung einer konturlosen Einfarbmärke, die eine Grundfarbe abbildet, die auf dem einschlägigen, von Farbenvielfalt geprägten Markt häufig zu rein dekorativen Zwecken verwendet wird, die außerdem als beschreibende Angabe etabliert ist und die im Verkehr von der Antragsgegnerin nie allein, sondern stets zumindest auch in Verbindung mit Weiß und gerade nicht durchgehend als Hintergrundfarbe bzw. die Warenverpackung dominierende Farbe verwendet wird, hält der Senat einen hohen Zuordnungsgrad von mindestens 75 % für erforderlich (vgl. hierzu BGH GRUR 2009, 669 - 672 (Rn. 27) - POST II; BPatG, GRUR 1999, 61, 64 - ARAL/Blau/Weiß I; Landgericht Hamburg, Urt. v. 19. Juli 2007, Az. 315 U 79/07, Seite 16 ff.; zu einer konturlosen Farbmarke als Benutzungsmarke vgl. BGH GRUR 2004, 151, 154 - Farbmarkenverletzung I).

Bei seiner Rechtsauffassung hat der Senat berücksichtigt, dass die untere Grenze für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung im Regelfall nicht unterhalb eines Zuordnungsgrades von 50 % angesetzt werden kann (vgl. BGH GRUR 2001, 1042, 1043 - Reich und Schoen; GRUR 2006, 760 ff. (Rn. 20) - LOTTO; GRUR 2007, 1071 ff. (Rn. 33) - Kinder II, jeweils m. w. N.; BGH GRUR 2008, 710 ff. (Rn. 26) - VISAGE; BGH GRUR 2010, 138 ff. (Rn. 41) - Rocher-Kugel), dass die diesbezüglichen Anforderungen umso höher sind, je weniger sich das betreffende Zeichen nach seinem spezifischen Charakter als Herkunftshinweis eignet (EuGH, GRUR 1999, 723 (Rn. 50) - Windsurfing Chiemsee; BGH GRUR 2008, 505 (Rn. 28) - TUC-Salzcracker; Fezer, WRP 2005, 1, 18; Ströbele, a. a. O., § 8 Rn. 517), dass ein Bedeutungswandel und damit die Verkehrsdurchsetzung eines glatt beschreibenden Begriffs erst bei einem deutlich höheren Zuordnungsgrad in

Betracht kommen (BGH GRUR 2006, 760 (Rn. 20) - LOTTO; vgl. zuletzt jedoch f. d. dort - allerdings ausschl. - angesprochenen Fachverkehr BPatG Mitt. 2013, 87 ff. - Spielwarenmesse) - und dass dieser Zuordnungsgrad nicht so hoch angesiedelt werden darf, dass eine Verkehrsdurchsetzung in der Praxis von vornherein ausgeschlossen wird (BGH GRUR 2009, 669 (Rn. 27) - POST II - unter Hinweis auf Ströbele in Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rn. 331 und ders. GRUR 2008, 569, 572).

Die Auswertung der I...-Umfrage von März/April 2006 (Bericht vom 3. August 2007 i. d. F. v. 24. Juli 2008 an dem auf S. 3 angegebenen Ort) hat einen dementsprechend nicht ausreichenden Zuordnungsgrad von unter 55 % ergeben: Berechnet anhand einer Grundgesamtheit von 2.000 Befragten im Verhältnis zu jenen Personen, die bei der Frage MB5 die Farbe zutreffend der Marke „NIVEA“ (1.076 Personen) oder zutreffend der Antragsgegnerin ... (weitere 12 Personen) zugeordnet haben, zuzüglich 71 Personen, welche den bestimmten Hersteller oder die bestimmte Marke nicht namentlich nennen konnten; dies ergibt eine Summe von 1.159 Personen oder 57,95 %, die die Frage MB5 positiv im Sinne der Antragsgegnerin beantwortet haben; unter Abzug der Fehlertoleranz von 3,1 % (vgl. BPatG, GRUR 2008, 420, 427, (Rn. 66) - ROCHER-Kugel, BPatG GRUR 2007, 324, 329 (Rn. 50) - Kinder (schwarz-rot)) ergibt sich der Zuordnungsgrad von 54,85 %.

Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass die I...-Umfrage technische Mängel aufweist. So war u. a. bereits die vorgelegte zweifarbige Farbkarte - dunkelblaues Feld mit weißer Umrandung - (vgl. Schrifts. d. AG. v. 5. Oktober 2007, AAEintr Bl. 80 ff., Anl. AG40) nicht geeignet, neutral zu ermitteln, inwieweit allein die Farbgebung „Blau“ bei Haut- und Körperpflegeprodukten als betriebskennzeichnender Hinweis verstanden wird (vgl. P..., gutachterl. Stellungn. v. 16. Oktober 2008, Anl. AST21 z. Schrifts. d. AST. v. 30. Oktober 2008, AALö Bd. II). Soweit sich das Gesamtergebnis der Erhebung nicht um diese Mängel bereinigen ließ (vgl. BGH GRUR 2010, 138 (Rn. 50) - Rocher-Kugel), ist der Senat bereits bei

Ermittlung des Zuordnungsgrades jeweils zu Gunsten der Antragsgegnerin davon auszugehen, dass kein niedrigerer Prozentsatz erzielt worden wäre, wenn der jeweils identifizierte Mangel vermieden worden wäre.

Mängel der I...-Umfrage, die sich umgekehrt dergestalt zum Nachteil der Antragsgegnerin hätten auswirken können, dass bei fehlerfreier Erhebung oder Bewertung ein höherer Zuordnungsgrad als geschehen ermittelt worden wäre, hat der Senat nicht feststellen können. Derartige Mängel hat die Antragsgegnerin, die ihrerseits zuletzt von einem zutreffend ermittelten Zuordnungsgrad von nicht über 61 % ausgegangen ist, auch nicht geltend gemacht. Selbst dann, wenn man den ermittelten Wert von unter 55 % noch um die vorweg in Abzug gebrachte Fehler-toleranz von 3,1 % erhöhte, blieben sowohl der durch den Senat ermittelte, als auch der von der Antragsgegnerin zuletzt selbst errechnete Wert deutlich unterhalb des vom Senat für erforderlich erachteten Zuordnungsgrades von 75 %.

Der auf die Einholung eines weiteren demoskopischen Gutachtens gerichtete Antrag der Antragsgegnerin war zurückzuweisen. Die Ausgangsdaten der Verkehrs-befragung der I...-GmbH im Jahre 2006 wurden zeitnah zum Eintra-gungszeitpunkt erhoben. Wesentliche Veränderungen in der in diesem Falle gut dokumentierten Kennzeichnungspraxis der Antragstellerin in der Zeit bis zur Ent-scheidung über den Löschantrag im Jahre 2013, die für eine Erhöhung des Zuordnungsgrades in dieser Zeit sprechen könnten, ergeben sich nicht aus den Akten und sind dem Senat auch nicht auf andere Weise bekannt geworden. Die festgestellten Veränderungen lassen vielmehr den Schluss darauf zu, dass sich ein mit den Ausgangsdaten des Jahres 2006 erhobener Zuordnungsgrad bis zum Jahre 2013 nicht wesentlich erhöht hat. Unterschiede in ihrer Kennzeichnungspra-xis bestehen insoweit, als die Antragsgegnerin im Jahre 2011 ihre „Beauté“-Linie und insgesamt ... % ihrer „NIVEA“-Artikel aus dem Sortiment genommen hat (vgl. Trend Topic Beauty, a. a. O., Bl. 7). Außerdem hat sie ihre Markenstrategie umge-stellt (vgl. Interview mit G..., Markenvorstand der ... AG, veröf-fentlicht in www.markenfaktor.de, Anl. 1 zu Prot. v. 19. März 2013, GA Bl. 423),

wobei der im März 2013 erreichte Kennzeichnungsstand (s. o. Abb. 2-4; 6), in der Akte dokumentiert ist (Anl. z. Schrifts. d. AG. v. 13. Februar 2013, GA Bl. 270 ff. mit eingereichten Warenmustern in 2 Kartons). Zur Überzeugung des Senats belegt dieser jedoch schon keine markenmäßige Benutzung der beanspruchten Farbmarke. Mithin hatte und hat sich das angegriffene Zeichen weder im Eintragungszeitpunkt, noch im Zeitpunkt der Entscheidung über die Beschwerde im März 2013 im Verkehr durchgesetzt.

d)

Schließlich kann der Sachvortrag der Markeninhaberin zu Dauer und Umfang der Benutzung ihrer mit der Marke „Nivea“ gekennzeichneten Haut- und Körperpflegeprodukte, deren Verpackungen gleichzeitig ganz oder teilweise dunkelblau sind, insbesondere der Sachvortrag zu den damit in Deutschland erzielten Umsätzen, dem Marktanteil und den Werbeaufwendungen keinen Aufschluss über eine mögliche Verkehrsdurchsetzung der angegriffenen konturlosen Einfarbmarke geben. Denn diese Umstände lassen allenfalls auf eine Verkehrsdurchsetzung einer Kombination des Markenwortes Nivea mit - wie hier zugunsten der Markeninhaberin unterstellt wird - dem Farbton „Blau (Pantone 280 C)“ schließen, nicht dagegen auf eine Verkehrsdurchsetzung des Farbtons „Blau (Pantone 280 C)“ in Alleinstellung (vgl. EuGH GRUR 2005, 763 (Rn. 30) - Nestlé/Mars; BGH GRUR 2011, 65 (Rn. 23) - Buchstabe T mit Strich; GRUR 2008, 710, 713 (Rn. 37) - VISAGE).

Aus diesen Gründen hat die Markenstelle zu Recht die Löschung der Marke 305 71 072 „Blau (Pantone 280 C)“ angeordnet und der Beschwerde der Antragsgegnerin musste der Erfolg versagt bleiben.

4.

Der Gewährung einer nachgelassenen Schriftsatzfrist zu den in der mündlichen Verhandlung durch die Antragstellerin vorgelegten, die Antragsgegnerin betreffenden Marktanteilsdaten der Fa. A... bedurfte es nicht, weil sich aus diesem Dokument zur streitentscheidenden Frage der markenmäßigen

Benutzung der angegriffenen Farbmarke keine neuen Erkenntnisse haben gewinnen lassen.

5.

Unabhängig von der - hier nicht entscheidungserheblichen - Frage, ob im Anmeldezeitpunkt zugleich die Voraussetzungen einer bösgläubigen Markenmeldung i. S. d. § 8 Abs. 1 Nr. 10 MarkenG vorlagen, hat die Antragstellerin keinen Anlass dazu gegeben, aus Billigkeitsgründen ausnahmsweise von dem Grundsatz abzuweichen, dass jede Partei die ihr entstandenen Kosten selbst trägt, § 71 Abs. 1 S. 2 MarkenG.

6.

Die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof gem. § 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG war zur Fortbildung des Rechts sowie zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung insbesondere mit Blick auf das durch den Bundesgerichtshof im Hinblick auf dieses Verfahren ausgesetzte Verletzungsverfahren (Az. BGH I ZR 209/08) zuzulassen.

Von grundsätzlicher Bedeutung ist die Rechtsfrage, ob eine konturlose Einfarbmarke markenmäßig benutzt werden kann, wenn sie stets nur in Verbindung mit einer bestimmten zweiten Farbe und im Verhältnis zu dieser und weiteren Farben zu wechselnden, die Produktgestaltung nicht durchgehend dominierenden Anteilen verwendet wird.

Ihre Entscheidungserheblichkeit einmal vorausgesetzt, kommt grundsätzliche Bedeutung auch der folgenden Rechtsfrage zu: Ist ein Zuordnungsgrad von 75 % zur Verkehrsdurchsetzung einer konturlosen Einfarbmarke erforderlich, wenn es sich dabei um eine Grundfarbe handelt, die auf dem einschlägigen, von Farbenvielfalt geprägten Markt häufig zu rein dekorativen Zwecken verwendet wird und außerdem als beschreibende Angabe etabliert ist, und wenn die Einfarbmarke außerdem im Verkehr stets in Verbindung mit einer weiteren Farbe und im Verhältnis zu

dieser zu wechselnden, die Produktgestaltung nicht durchgehend dominierenden Anteilen verwendet wird?

7.

Für eine Vorlage des Verfahrens beim Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Artikel 267 AEUV hat der Senat keine Veranlassung gesehen: Die von der Antragsgegnerin formulierte erste Vorlagefrage ist zur Überzeugung des Senats durch das „Libertel“-Urteil des EuGH (GRUR 2003, 604 - Libertel) hinreichend geklärt. Die von ihr formulierte zweite Vorlagefrage ist im Streitfall nicht entscheidungserheblich, da es bereits an einer markenmäßigen Benutzung des angegriffenen Zeichens fehlt.

8.

Der beantragten Aussetzung dieses Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung in den Vorlageverfahren des Bundespatentgerichts zum Gerichtshof der Europäischen Union Az. 33 W (pat) 33/12 und 33 W (pat) 103/09, B. v. 8. März 2013 - Farbmarke Rot bedurfte es ebenfalls nicht.

Die dort vorgelegte Rechtsfrage zu den Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung einer konturlosen Farbmarke ist im hiesigen Fall in Ermangelung einer markenmäßigen Benutzung des angegriffenen Zeichens nicht entscheidungserheblich.

Auch die Frage, ob es für die Erlangung von Unterscheidungskraft einer Marke und die hierauf bezogenen Feststellungen im Löschungsverfahren auf den Zeitpunkt der Anmeldung oder der Eintragung eines Zeichens ankomme, wirkt sich im hiesigen Verfahren ebenfalls nicht entscheidungserheblich aus. Für die Zeit zwischen Anmeldung und Eintragung der angegriffenen Marke, also zwischen November 2005 und November 2007, haben die Parteien und der Senat keinen wesentlichen Veränderungen am Markt feststellen können. Der Befragungszeitraum des zur Akte gereichten Verkehrsdurchsetzungsgutachtens, der I...-

Umfrage, liegt im März/April 2006; also jeweils zeitlich nahe am Anmelde- und Eintragungszeitpunkt.

Werner

Dr. Schnurr

Heimen

Fa