

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen: 28 W (pat) 57/08

Entscheidungsdatum: 7. 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) 19/08
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

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) 57/08

(AktENZEICHEN)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
7. Juli 2008

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 306 49 114.1

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 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. Die vorliegende Anmeldung ist den vorgenannten Anmeldungen in vielen Punkten ähnlich. Auch sie firmiert unter der formularmäßigen Bezeichnung „sonstige Markenform“. Mit der Anmeldung wurde das nachstehend abgebildete, auf einer quadratischen Metallplatte angebrachte Farbmuster eingereicht, auf dem sich zwei horizontal angeordnete Farbstreifen befinden, von denen der untere schmalere schwarz ist und der obere, breitere orangefarben:



In einer mit „Farbangaben“ überschriebenen Anlage zum Anmeldeformular heißt es u. a.:

„3. Farbdefinition:

3.1 Rostorange:

Bei der vorliegenden Farbe handelt es sich nicht um eine Normalfarbe, sondern um eine individuelle, speziell ange-mischte Hausfarbe, die aus dem RAL-Farbsystem dem Farb-ton mit der Kennzeichnungs-Nr. RAL Design 050 50 60 am nächsten kommt, mit einer Farbton-Gesamtabweichung von dieser RAL-Farbe von 3,9 im CIE-Lab-Farbraum.

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

L = 52.75

a = 29.94

b = 37.33

3.2 Schwarz:

Es handelt sich hierbei um den Farbton RAL 9005

4. Systematische Anordnung

4.1 Farbverhältnis:

2/3 Rostorange, 1/3 Schwarz

4.2 Farbzusammenstellung:

Die beiden Farben der Anmeldung grenzen unmittelbar aneinander, wobei mindestens 2/3 des Rostorangeanteils unmittelbar zusammenhängen“.

Für diese Anmeldung wurden die folgenden Waren der Klasse 7 beansprucht:

„Gelenkroboter zum Handhaben, Bearbeiten und Schweißen, ausgenommen Reinraumroboter, Medizinroboter und Lackierroboter; Teile der vorgenannten Waren.“

Mit Bescheid vom 19. Oktober 2006 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, 604, 607 Rnr. 28, 29 - Libertel - und GRUR 2004, 858 ff. - Heidelberger Bauchemie - 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 ergan-

gen ist, mit der Begründung zurückgewiesen, dass sich die angemeldete Farbkombination nicht i. S. v. § 8 Abs. 1 MarkenG graphisch darstellen lasse. Der Erinnerungsbeschluss beruft sich u. a. auf BGH GRUR 2007, 73 ff. - Gelb/Grün 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 11. Dezember 2006 und vom 28. Januar 2008 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, zugäng-

lich 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 gegenwärtigen 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.

Die vorliegende Anmeldung enthält keine konkreten Festlegungen für die räumliche Anordnung der Farben zu einander (Voraussetzung [c]) und erlaubt damit beliebige räumliche Anordnungen. Das folgt hier nicht nur logisch aus der bloß mengenmäßigen Festlegung der beiden Farbanteile, sondern auch ausdrücklich aus der Festlegung unter Nr. 4.2 am Ende der Markenbeschreibung. Danach sollen „mindestens $\frac{2}{3}$ des Orangeanteils unmittelbar zusammenhängen“. Damit wird für die Gestaltung von $\frac{1}{3}$ des Orangeanteils ausdrücklich eine Bandbreite unbestimmter Möglichkeiten eröffnet. 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 an der gesamten Farbkombination ausmachen dürfen. Für den schwarzen Farbanteil trifft die Markenbeschreibung ausdrücklich nur die abstrakte Festlegung, dass dieser Farbanteil mengenmäßig $\frac{1}{3}$ des gesamten konkreten Zeichens ausmachen soll. Diese abstrakte Festlegung eröffnet schon für sich genommen logisch eine unbestimmte Zahl von konkreten Aufteilungen, für die nur die Vorgabe gilt, dass die Summe aller schwarzen Bildanteile $\frac{1}{3}$ des gesamten konkreten Zeichens ausmachen muss. Außerdem betrifft die Bandbreite der möglichen Konkretisierungen, die ausdrücklich für bis zu $\frac{1}{3}$ des Orangeanteils eröffnet wurde, logischer Weise auch den schwarzen Farbanteil. Denn die beliebigen Aufteilungen und Anordnungen von bis zu $\frac{1}{3}$ des Orangeanteils können ihrerseits nur mit Hilfe des schwarzen Farbanteils hergestellt werden, weil das die einzige weitere Farbe ist, die nach der Markenbeschreibung für die Gestaltung der konkreten Zeichen vorgesehen ist.

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 Zusammenstellungen. Wegen der fehlenden Festlegungen für die konkrete räumliche Zuord-

nung der beiden Farbanteile zu einander sind daher *alle* abstrakten oder figürlichen Muster und *alle* abstrakten oder figürlichen optischen Gestaltung erfasst, bei denen die Gesamtkomposition ausschließlich in den Farben Orange und Schwarz gehalten ist, *die Summe aller orangefarbenen Bildanteile 2/3, die Summe aller schwarzen Bildanteile 1/3* der gesamten Farbzusammenstellung ausmachen und 2/3 bis 3/3 des Rostorangeanteils unmittelbar zusammenhängen. Erfasst wird weiter die unbestimmte Zahl entsprechender Aufmachungsformen für Waren und Verpackungen.

Dass die Anmeldung zumindest alle abstrakten Bildgestaltungen erfasst (im Unterschied zu figürlichen optischen 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 Gestaltungen ermöglicht schon die Bildung einer unbestimmten Zahl konkreter Farbzusammenstellungen. Dazu gehören z. B. alle Gestaltungen, bei denen sich der zusammenhängende Rostorangeanteil optisch als durchgehender und damit zusammenhängender Untergrund für eine oder mehrere abstrakte schwarze Formen darstellt, die ihrerseits wieder eine unbestimmte Zahl kleinerer rostorangefarbener 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 Registerzeichens 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 eine ganz bestimmte, konkrete Farbzusammenstellung gerichtet ist, sondern alle abstrakten oder figürlichen Muster und jede abstrakte oder figürliche optische Gestaltung erfasst, bei denen die Gesamtkomposition ausschließlich in den Farben Rostorange und Schwarz gehalten ist, die Summe aller rostorangefarbenen Bildanteile $\frac{2}{3}$, die Summe aller schwarzen Bildanteile $\frac{1}{3}$ der gesamten Farbzusam-

menstellung ausmachen und $\frac{2}{3}$ bis $\frac{3}{3}$ des rostorange-farbenen Anteils unmittelbar zusammenhängen. 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 quantitativen Verhältnisse der Farben zu einander ($\frac{2}{3}$ zu $\frac{1}{3}$) sowie die Vorgaben, wonach beiden Farben unmittelbar aneinander grenzen und mindestens $\frac{2}{3}$ des rostorange-farbenen Bildanteils unmittelbar zusammenhängen, 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 zur *konkreten* Farbverteilung verlangt und dieses Kriterium 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 Beispielfall wird also für die *konkrete* Farbverteilung nicht nur eine quantitative Festlegung verlangt, sondern zusätzlich eine konkrete Festlegung der Anordnung der Farben in ihrem räumlichen Verhältnis zu einander. 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 Farbkomponenten einer konturlosen Farbkombination immer unmittelbar an einander angrenzen müssen. Denn es sind konturlose Farbzusammenstellungen 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 auch konkrete Angaben 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 von Angaben zur konkreten Farbverteilung begründet. Auf die Frage, ob die graphische Darstellbarkeit einer konturlosen Farbmärke außerdem konkrete Festlegungen für den äußeren Umriss der Marke und

ihre Ausdehnung in der Fläche erforderlich macht, kommt es daher nicht mehr an (BGH a. a. O unter Hinweis auf BPatG GRUR, 2005, 1056 - 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.

Ob die Angaben der Anmelderin zur Identifikation der beanspruchten Farben eine eindeutige und dauerhafte Bezeichnung i. S. d. zitierten Entscheidungen darstellen (Voraussetzung [a]) ist nicht entscheidungserheblich.

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 Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs.

Stoppel

Schell

Werner

Me