

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PHILIPPE LÉGER
vom 15. Januar 2004¹

1. Die vorliegende Rechtssache betrifft abermals die Frage, ob Farben als solche, d. h. ohne Form oder Kontur, eine Marke im Sinne von Artikel 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates² sein können. Im Urteil *Libertel* vom 6. Mai 2003³ hat sich der Gerichtshof dazu geäußert, ob eine Farbe als solche die Voraussetzungen dieses Artikels erfüllt. In der vorliegenden Rechtssache fragt das deutsche Bundespatentgericht, ob zwei Farben als solche, d. h. zwei form- und konturlose Farben, die nicht in einer bestimmten Weise miteinander arrangiert werden, für sich genommen eine Marke im Sinne des genannten Artikels 2 sein können.

staaten zu beseitigen, durch die die Wettbewerbsbedingungen im Gemeinsamen Markt verfälscht werden können⁴. Sie dient dazu, die markenrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten, die sich am unmittelbarsten auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken, einander anzugleichen⁵. Zu diesen Vorschriften gehören jene, die die Voraussetzungen für die Eintragung einer Marke festlegen⁶, und jene, die den Schutz der ordnungsgemäß eingetragenen Marken bestimmen⁷.

3. Der die markenfähigen Zeichen definierende Artikel 2 der Richtlinie lautet:

I — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Die Richtlinie bezweckt, die Unterschiede zwischen den Markenrechten der Mitglied-

„Marken können alle Zeichen sein, die sich grafisch darstellen lassen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen und die Form oder Aufmachung der Ware, soweit solche

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Richtlinie vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1, im Folgenden: Richtlinie.)

3 — Rechtssache C-104/01 (Slg. 2003, I-3793).

4 — Erste Begründungserwägung.

5 — Dritte Begründungserwägung.

6 — Siebte Begründungserwägung.

7 — Neunte Begründungserwägung.

Zeichen geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.“

4. Artikel 3 der Richtlinie zählt die Eintragungshindernisse und Ungültigkeitsgründe auf, die der Eintragung einer Marke entgegengehalten werden können. Nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b sind Marken, die keine Unterscheidungskraft haben, von der Eintragung ausgeschlossen oder unterliegen im Fall der Eintragung der Ungültigkeitserklärung.

5. Nach Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie wird eine Marke nicht gemäß Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b von der Eintragung ausgeschlossen oder für ungültig erklärt, wenn sie vor der Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat.

B — Nationales Recht

6. Das Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichnungen⁸ vom 25. Oktober 1994, mit dem die Richtlinie in

deutsches Recht umgesetzt wurde und das am 1. Januar 1995 in Kraft trat⁹, bestimmt in § 3 Absatz 1, dass als Marke „alle Zeichen, insbesondere . . . Farben und Farbzusammenstellungen geschützt werden [können], die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden“.

7. Von der Eintragung ausgeschlossen sind nach Artikel 8 des Markengesetzes als Marke schutzfähige Zeichen im Sinne des § 3, die sich nicht grafisch darstellen lassen, sowie Marken, denen für die in der Anmeldung bezeichneten Waren oder Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Das gilt jedoch nach dieser Bestimmung nicht, wenn sich die Marke vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung infolge ihrer Benutzung für diese Waren oder Dienstleistungen in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat.

II — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

8. Die Heidelberger Bauchemie GmbH¹⁰ meldete am 22. März 1995 die Farben blau und gelb als Marke beim Deutschen Patent- und Markenamt an. An der für die Wieder-

8 — Im Folgenden: Markengesetz.

9 — BGBl. 1994 I, S. 3082.

10 — Im Folgenden: Beschwerdeführerin.

gabe der Marke bestimmten Stelle der Anmeldung befand sich ein rechteckiges Stück Papier, dessen obere Hälfte blau und dessen untere Hälfte gelb gefärbt waren. Die Marke wurde wie folgt beschrieben:

„Bei der angemeldeten Marke handelt es sich um die Firmenfarben der Anmelderin, die in jeglichen denkbaren Formen benutzt werden, insbesondere für Verpackungen und Etiketten.

Die genaue Bezeichnung der Farben ist wie folgt:

RAL 5015/HKS 47 — blau

RAL 1016/HKS 3 — gelb.“

9. Die fragliche Eintragung wurde für eine Vielzahl von im Hochbau verwendeten Erzeugnissen — u. a. Zuschlag- und Klebstoffe, Harze, Trenn-, Schutz-, Reinigungs-, Dichtungs- und Verfüllmittel sowie Farben, Lacke, Wärmedämmstoffe, Baumaterialien, Zement, Putz, Druckpistolen und Spritzgeräte — beantragt.

10. Mit Bescheid vom 18. September 1996 wies das Deutsche Patent- und Markenamt die Anmeldung mit der Begründung zurück, dass das fragliche Zeichen nicht markenfähig sei. Es verwies darauf, dass konturlose — von einer bestimmten Form oder Gestalt losgelöste — abstrakte Farben oder Farbkombinationen keine als Marke schutzfähige Zeichen im Sinne von § 3 Absatz 1 des Markengesetzes seien.

11. Die Beschwerdeführerin berief sich daraufhin auf die Entscheidung „Farbmarke gelb/schwarz“ des Bundesgerichtshofs vom 10. Dezember 1998¹¹, in der der Bundesgerichtshof eingeräumt habe, dass konturlose abstrakte Farben und Farbzusammenstellungen markenfähig seien.

12. Mit Beschluss vom 2. Mai 2000 wies das Deutsche Patent- und Markenamt, obwohl es die Voraussetzungen von § 3 des Markengesetzes als erfüllt ansah, die Anmeldung erneut zurück, da der Marke jegliche Unterscheidungskraft fehle.

13. Gegen diese Entscheidung legte die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Bundespatentamt ein.

11 — GRUR 1999, 491.

III — Die Vorlage

14. Mit Beschluss vom 22. Januar 2002, der am 20. Februar 2002 beim Gerichtshof eingegangen ist, hat das Bundespatentgericht das Verfahren ausgesetzt und das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof gerichtet.

15. Nach der Vorlageentscheidung sieht sich das Bundespatentgericht folgender Problematik gegenüber. Bis zum Erlass des neuen deutschen Markengesetzes sei eine abstrakte Farbe oder Farbkombination nach deutschem Recht nicht als markenfähig angesehen worden. Farben hätten nur in der konkreten Erscheinungsform, in der sie verwendet worden seien, Schutz genießen können. Nach Erlass des neuen Gesetzes sei in der Literatur überwiegend angenommen worden, dass eine abstrakte Farbe oder Farbkombination nunmehr markenfähig sei. Diesen Standpunkt vertrete auch der Bundesgerichtshof.

16. Diese Auffassung begegne indessen erheblichen rechtlichen Bedenken. Eine abstrakte Farbmarke lasse unendlich viele Gestaltungsformen zu. Es handele sich somit um eine Option auf später zu bildende Marken, von denen nur die Farbe bereits feststehe. Daher erscheine es fraglich, ob es sich bei einer abstrakten Farbmarke um ein Zeichen im Sinne dieses Artikels handele

und ihm Unterscheidungskraft zuerkannt werden könne.

17. Der Eintragung von abstrakten Farben als Marke stehe zudem der Bestimmtheitsgrundsatz entgegen, wonach die Markenmeldung die eindeutige Bestimmung des Schutzgegenstands ermöglichen müsse. Um diesem Erfordernis zu genügen, verlange Artikel 2 der Richtlinie, dass sich das betreffende Zeichen grafisch darstellen lasse. Dieses Erfordernis bezwecke auch, die Prüfung der Eintragungshindernisse nach den Artikeln 3 und 4 der Richtlinie sowie der ordnungsgemäßen Benutzung der Marke nach Artikel 10 der Richtlinie zu ermöglichen. Ein Muster der betreffenden Farben oder deren Bezeichnung durch einen internationalen Code sei daher keine grafische Darstellung im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie, denn eine solche Marke könne eine Vielzahl verschiedener konkreter Formen annehmen.

18. Aufgrund dieser Erwägungen hat das Bundespatentgericht dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Erfüllen als Marke zur Eintragung in das Register angemeldete abstrakt und konturlos beanspruchte Farben oder Farbzusammensetzungen, deren Farbtöne unter Einreichung eines Farbmusters (einer Farbprobe)

wörtlich benannt sowie nach einem anerkannten Farbklassifikationssystem genau bezeichnet sind, die Anforderungen an die Markenfähigkeit nach Artikel 2 der [Richtlinie]?

Vorabentscheidung vorgelegt, mit denen er wissen wollte, ob eine Farbe als solche, ohne räumliche Begrenzung, für bestimmte Waren oder Dienstleistungen Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie haben kann, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen.

Ist eine solche so genannte „(abstrakte) Farbmarke“ im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie insbesondere

- a) ein Zeichen,
- b) zur herkunftskennzeichnenden Unterscheidung geeignet,
- c) grafisch darstellbar?

20. Der Gerichtshof hat ausgeführt, vor der Prüfung dieser Fragen sei zu untersuchen, ob eine Farbe als solche eine Marke im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie sein könne. Dazu müsse sie die drei folgenden Voraussetzungen erfüllen: Erstens müsse sie ein Zeichen sein, zweitens müsse sie sich grafisch darstellen lassen, und drittens müsse sie geeignet sein, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden¹².

IV — Das Urteil Libertel und die Auslegung von Artikel 2 der Richtlinie durch den Gerichtshof

19. Der Gerichtshof hat das angeführte Urteil Libertel nach Erlass der Vorlageentscheidung erlassen. In dieser Rechtssache betraf das Ausgangsverfahren die Markeneintragung der Farbe Orange als solcher für Waren und Dienstleistungen des Telekommunikationsbereichs. Der Hoge Raad der Niederlande hatte mehrere Fragen zur

21. Zur ersten Voraussetzung hat der Gerichtshof dargelegt, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass eine Farbe als solche ein Zeichen sei, da sie eine bloße Eigenschaft von Gegenständen sei; die Farbe könne allerdings in Bezug auf eine Ware oder eine Dienstleistung ein Zeichen sein¹³.

12 — Urteil Libertel (Randnrn. 23 bis 42).

13 — Ibidem (Randnr. 27).

22. Hinsichtlich der zweiten Voraussetzung hat er gemeint, dass sich eine Farbe als solche durch ihre Bezeichnung nach einem international anerkannten Kennzeichnungscode, in bestimmten Fällen auch durch ein Farbmuster verbunden mit dessen sprachlichen Beschreibung, grafisch darstellen lasse¹⁴.

23. Hinsichtlich der dritten Voraussetzung hat der Gerichtshof die Ansicht vertreten, es sei nicht auszuschließen, dass es Situationen gebe, in denen eine Farbe als solche auf die Herkunft der Waren oder der Dienstleistungen eines Unternehmens hinweisen könne¹⁵.

24. Er ist zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Farbe als solche unter den genannten Voraussetzungen eine Marke im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie sein könne¹⁶.

25. Aufgrund dieser Überlegungen hat der Gerichtshof sodann die Vorlagefragen des Hoge Raad der Niederlanden nach den Kriterien geprüft, die von den nationalen Behörden für die Beurteilung der Unterscheidungskraft einer Farbe als solcher in Bezug auf die in der Anmeldung genannten Waren oder Dienstleistungen herangezogen werden müssen.

26. Erstens sei bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft, die einer Farbe als solcher im Hinblick auf bestimmte Waren oder Dienstleistungen zukommen könne, das Allgemeininteresse zu berücksichtigen, das daran bestehe, dass die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren und Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anböten, nicht ungerechtfertigt beschränkt werde¹⁷. Je größer die Zahl der Waren oder Dienstleistungen sei, für die die Eintragung der Marke beantragt werde, umso eher könne sich das durch die Marke gewährte Ausschließlichkeitsrecht als übertrieben erweisen und der Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbssystems zuwiderlaufen¹⁸.

27. Zweitens könne einer Farbe als solcher Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 3 Absätze 1 Buchstabe b und 3 der Richtlinie zuerkannt werden, sofern sie in Bezug auf die Wahrnehmung der maßgeblichen Verkehrskreise geeignet sei, die in der Anmeldung bezeichnete Ware oder Dienstleistung zu kennzeichnen. Dass einer Farbe als solcher unabhängig von ihrer Benutzung Unterscheidungskraft zukomme, sei nur unter außergewöhnlichen Umständen vorstellbar, etwa dann, wenn die Zahl der Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke angemeldet werde, sehr beschränkt und der maßgebliche Markt sehr spezifisch seien. Eine solche Unterscheidungskraft könne jedoch infolge der Benutzung der Farbe als

14 — *Ibidem* (Randnrn. 31 bis 37).

15 — *Ibidem* (Randnrn. 40 und 41).

16 — *Ibidem* (Randnr. 42).

17 — *Ibidem* (Randnr. 55).

18 — *Ibidem* (Randnr. 56).

solcher insbesondere nach einem normalen Prozess der Gewöhnung der beteiligten Verkehrskreise eintreten¹⁹.

28. Drittens sei der Umstand, dass die Markeneintragung der Farbe als solcher für viele oder aber wenige Waren oder Dienstleistungen beantragt werde, zusammen mit den anderen Umständen des Einzelfalls von Bedeutung, um sowohl die Unterscheidungskraft der betreffenden Farbe als auch die Frage zu beurteilen, ob ihre Eintragung dem Allgemeininteresse zuwiderlaufe, das daran bestehe, dass die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anböten, nicht ungerechtfertigt beschränkt werde²⁰.

29. Viertens müsse die Unterscheidungskraft einer Farbe im Sinne von Artikel 3 Absätze 1 Buchstabe b und 3 der Richtlinie einer konkreten Prüfung unterzogen werden.

30. Das Urteil Libertel gehört zu einer Serie von drei Entscheidungen, in denen der Gerichtshof näher ausgeführt hat, welche

Zeichen oder Angaben eine Marke im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie sein könnten.

31. Das Urteil Sieckmann²¹ vom 12. Dezember 2002, das erste dieser Serie, betraf einen Rechtsstreit über die Frage, ob ein Geruch eine Marke im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie sein kann²². Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass dieser Artikel zwar Gerüche nicht ausschließe²³, dass den Anforderungen an die grafische Darstellung jedoch weder durch eine chemische Formel noch durch eine Beschreibung in Worten, die Hinterlegung einer Probe des Geruchs oder die Kombination dieser Elemente genügt werde²⁴.

32. Im Urteil Shield Mark²⁵ vom 27. November 2003 hat sich der Gerichtshof zur Möglichkeit der Eintragung von Hörmarken geäußert²⁶. Seiner Ansicht nach können Töne eine Marke sein²⁷. Das Erfordernis einer grafischen Darstellung sei erfüllt, wenn das Zeichen durch in ein Notensystem geschriebene Noten dargestellt werde, die mit einem Notenschlüssel zur Bestimmung

21 – In der Rechtssache C-273/00 (Slg. 2002, I-11737, Randnrn. 46 bis 55).

22 – Im Ausgangsverfahren ging es um die Weigerung des Deutschen Patent- und Markenamts, die chemische Reinstanz Methylcinnamat (Zimtsäuremethylester), deren chemische Formel $C_9H_8-CH = CHCOOCH_3$ ist, als Marke einzutragen. Der Kläger hatte ein Behältnis mit einer Rechprobe des fraglichen Duftes eingereicht und dazu ausgeführt, dass der Duft üblicherweise als „balsamisch-fruchtig mit einem leichten Anklang an Zimt“ bezeichnet werde.

23 – Randnr. 44.

24 – Randnr. 73.

25 – In der Rechtssache C-283/01 (Slg. 2003, I-14313).

26 – Im Ausgangsverfahren ging es um die Gültigkeit von vierzehn vom Benelux-Markenamt eingetragenen Hörzeichen, von denen elf die ersten Takte der Klavieretude „Für Elise“ von L. van Beethoven und die drei übrigen das Krahen eines Hahnes wiedergaben.

27 – Randnr. 35.

19 – Ibidem (Randnrn. 66 und 67).

20 – Ibidem (Randnr. 71).

der Tonart, mit dem Takt, der den Rhythmus und den relativen Wert jeder einzelnen Note festlege, sowie mit der Angabe der Instrumente, durch die sie gespielt werden sollten, versehen seien. Dagegen würden Beschreibungen durch Schriftsprache einschließlich eines Onomatopoetikums, die Nennung der Melodie oder eine Notenfolge diesem Erfordernis nicht gerecht²⁸.

33. Mit Schreiben vom 8. Mai 2003 hat der Gerichtshof dem Bundespatentgericht das Urteil Libertel übersandt und es gefragt, ob es sein Vorabentscheidungsersuchen aufrechterhält. Mit Schriftsatz vom 15. Mai 2003 hat das Bundespatentgericht geantwortet, dass es seine Vorlagefragen aufrechterhalte.

V — Beurteilung

34. Wie das Bundespatentgericht in seiner Vorlageentscheidung zutreffend ausgeführt hat, findet die Auffassung, dass zwei Farben als solche ein markenfähiges Zeichen im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie seien, keine entscheidende Stütze in den einschlägigen Vorschriften. So ist die in diesem

Artikel enthaltene Aufzählung von Zeichen unstreitig nicht erschöpfend; Farben werden allerdings darin auch nicht genannt²⁹.

35. Was weiter das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, das so genannte TRIPS-Übereinkommen, angeht, dem die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten beigetreten sind³⁰, so lässt sich aus dem Wort „Farbverbindungen“ in Artikel 15³¹ nicht herleiten, dass die Vertragsparteien ausdrücklich darauf hinweisen wollten, dass zwei oder mehr Farben als solche ohne ein bestimmtes Arrangement eine Marke sein könnten. Das Wort „Verbindung“ hat nämlich in den drei Sprachen, in denen das TRIPS-Übereinkommen abgefasst worden

29 — Im Urteil Libertel (Randnr. 25) hat der Gerichtshof festgestellt, dass die vom Rat der Europäischen Union und der Kommission in der Ratssitzung, in der die Richtlinie angenommen wurde, zu Protokoll gegebene Gemeinsame Erklärung, nach der sie „der Auffassung [sind], dass Artikel 2 nicht die Möglichkeit ausschließt, ... als Marke eine Farbzusammenstellung oder eine einzige Farbe einzutragen, ... vorausgesetzt, dass sie geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden“, nicht zur Auslegung dieses Artikels herangezogen werden könne.

30 — Dieses Übereinkommen findet sich im Anhang des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, das von den Vertretern der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde. Es wurde im Namen der Europäischen Gemeinschaft hinsichtlich der in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche durch den Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 (ABl. L 366, S. 1 und 214) genehmigt und trat am 1. Januar 1995 in Kraft.

31 — Artikel 15 Absatz 1 legt die Arten von Zeichen, die als Marken schutzfähig sein können, wie folgt fest: „Alle Zeichen und alle Zeichenkombinationen, die geeignet sind, die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden, können eine Marke darstellen. Solche Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Buchstaben, Zahlen, Abbildungen und Farbverbindungen, sowie alle Verbindungen solcher Zeichen sind als Marken eintragungsfähig. Sind Zeichen nicht ihrer Natur nach geeignet, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen zu unterscheiden, so können die Mitglieder ihre Eintragungsfähigkeit von ihrer durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft abhängig machen. Die Mitglieder können die visuelle Wahrnehmbarkeit von Zeichen als Eintragungsvoraussetzung festlegen.“

28 — Randnr. 59.

ist und die gleichermaßen verbindlich sind³², nicht genau dieselbe Bedeutung. So beziehen sich im Englischen und im Spanischen die Worte „combination“ bzw. „combinaciones“ nicht auf ein System oder eine besondere Organisationsform, da sie lediglich „two or more things joined or mixed together to form a single unit“³³ (zwei oder mehrere zur Bildung einer einzigen Einheit miteinander verbundene oder vermengte Gegenstände) bzw. eine „unión de dos cosas en un mismo sujeto“³⁴ (Verbindung zweier Gegenstände zu einem einzigen) bezeichnen; während das Wort „combinaison“ im Französischen eine eingeschränktere Bedeutung hat, da es als „assemblage d'éléments dans un arrangement déterminé“ (Zusammenfügung von Teilen in einer bestimmten Anordnung) definiert wird³⁵.

36. Angesichts der Entscheidungsgründe des Urteils Libertel und der sehr weiten Auslegung von Artikel 2 der Richtlinie durch den Gerichtshof erscheint es jedoch nicht zweifelhaft, dass die in diesem Urteil vertretene Auffassung, wonach eine Farbe als solche eine Marke im Sinne dieses Artikels sein kann, auf zwei Farben als solche übertragbar ist.

37. Was danach die erste Voraussetzung angeht, die sich auf das Vorliegen eines Zeichens bezieht, so lässt sich die Auffassung des Gerichtshofes, dass eine Farbe als solche in Bezug auf eine Ware oder eine Dienstleistung je nach dem Zusammenhang, in dem sie verwendet werde, ein Zeichen sein könne, möglicherweise auf zwei Farben als

solche anwenden. Zwei Farben können nämlich in einem bestimmten Zusammenhang ein Zeichen sein, insbesondere wenn sie in bestimmter Weise arrangiert sind. Ebenso könnten nach dem Urteil Libertel zwei Farben als solche, wenn sie durch einen international anerkannten Kennzeichnungscode bezeichnet sind, gemäß den Anforderungen des Artikels 2 der Richtlinie auch grafisch dargestellt werden. Was schließlich die dritte Voraussetzung bezüglich der Unterscheidungskraft betrifft, so hat der Gerichtshof in ganz allgemeinen Worten darauf hingewiesen, dass „Farben als solche . . . geeignet sein können“, Unterscheidungskraft zu haben.

38. Nach der angeführten Rechtsprechung müssten daher die Fragen des Bundespatentgerichts dahin beantwortet werden, dass zwei Farben als solche, deren Farbtöne aufgrund eines Farbmusters wörtlich benannt und nach einem anerkannten Farbklassifikationssystem genau bezeichnet sind, die Anforderungen an die Markenfähigkeit nach Artikel 2 der Richtlinie in dem Sinne erfüllen, dass sie als ein Zeichen angesehen werden können, das geeignet ist, die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden, und das sich grafisch darstellen lässt³⁶.

32 — Spanisch, Französisch und Englisch.

33 — *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, Ausgabe 2000.

34 — RAE, 20. Auflage, 1984.

35 — *Le Nouveau Petit Robert*, Ausgabe 1993, et *Le Grand Robert de la langue française*, sous la direction d'Alain Rey, Ausgabe 2001.

36 — Dies ist der Standpunkt, den das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften in seinen Urteilen vom 25. September 2002 in der Rechtssache T-316/00 (Viking-Umwelttechnik/HABM [Zusammenstellung der Farben Grün und Grau], Slg. 2002, II-3715) und vom 9. Juli 2003 in der Rechtssache T-234/01 (Andreas Stuhl/HABM [Kombination von Orange und Grau], Slg. 2003, II-2867) eingenommen hat, in denen er festgestellt hat, dass Farben oder Farbkombinationen als solche Gemeinschaftsmarken im Sinne von Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarken (ABL 1994, L 11, S. 1) in ihrer geänderten Fassung sein konnten, in dem der Wortlaut von Artikel 2 der Richtlinie übernommen worden ist. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob eine oder mehrere Farben als solche eine Marke sein können, in keiner der genannten Rechtssachen vor dem Gericht erörtert worden ist.

39. Aus dieser Rechtsprechung ließe sich weiter ableiten, dass es Sache der zuständigen deutschen Behörden ist, zu beurteilen, ob die Farben Blau und Gelb als solche unter Berücksichtigung der vom Gerichtshof im Urteil Libertel aufgestellten Kriterien für die in der Anmeldung genannten Waren als Marke eingetragen werden können. Danach hätten die Behörden alle Umstände des vorliegenden Falles, insbesondere wie diese Farben benutzt worden sind sowie das Allgemeininteresse daran, dass die Verfügbarkeit dieser Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren der gleichen Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt wird, und schließlich die Zahl der Waren, für die die Eintragung beantragt wird, zu berücksichtigen, wobei das letztgenannte Kriterium für die Beurteilung sowohl der Unterscheidungskraft der fraglichen Farben als auch des Allgemeininteresses daran, sie verfügbar zu halten, maßgeblich ist.

40. Dieser Rechtsprechung vermag ich mich nicht anzuschließen. Auch wenn sich die Gründe, aus denen ich meine, dass die beiden Farben als solche nicht die Voraussetzungen des Artikels 2 der Richtlinie erfüllen, größtenteils mit denen überschneiden, die ich bereits in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Libertel dargelegt habe, halte ich es in Anbetracht der besonderen Umstände des vorliegenden Rechtsstreits, nämlich des Antrags auf Eintragung zweier Farben als solcher und des Umstands, dass das Bundespatentgericht das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen trotz des Vorliegens dieses Urteils aufrechterhalten hat, doch für angebracht, anzuregen, dass der Gerichtshof die Frage erneut prüft.

41. Ich werde hier nicht alle Gesichtspunkte, die ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Libertel dargelegt habe, erneut aufgreifen. Ich stelle dem Gerichtshof anheim, sich gegebenenfalls noch einmal mit ihnen zu befassen. An dieser Stelle möchte ich nur die wichtigsten Gründe darlegen, aus denen zwei Farben als solche meines Erachtens die Voraussetzungen des Artikels 2 der Richtlinie nicht erfüllen. Ich werde auch ausführen, warum meiner Ansicht nach die entgegengesetzte Lösung geeignet ist, den Zwecken der Richtlinie zuwiderzulaufen.

A — Die Voraussetzungen des Artikels 2 der Richtlinie

42. Die Beschwerdeführerin beantragt, wie ich dargelegt habe, die Eintragung der Farben Blau und Gelb als Marke, so wie sie — ohne bestimmtes Arrangement — in der Anmeldung dargestellt und durch ihre Bezugnahme auf den internationalen RAL-Kennzeichnungscode bezeichnet worden sind. Wie das Bundespatentgericht ganz klar gesagt hat, ist dieser Antrag so auszulegen, dass die Beschwerdeführerin den Schutz der Farben an sich, ganz generell und abstrakt, ohne räumliche oder figürliche Begrenzung und ohne jede Formgebung, also ohne Beschränkung auf konkrete körperliche Gestaltungen, Erscheinungsformen, Ausstattungen oder Aufmachungen begehrt. In einem solchen Fall will der Anmelder diese Farben in der von ihm gewünschten Weise zur Kennzeichnung der in der Anmeldung genannten Waren benutzen und begehrt Schutz hinsichtlich aller dieser Benutzungen. Gegenstand des Schutzes ist somit die

Benutzung der beiden fraglichen Farben zur Kennzeichnung der in der Anmeldung genannten Waren unabhängig von irgendwelchen Arrangements, in denen diese Farben in Verbindung mit diesen Waren in Erscheinung treten³⁷.

43. Angesichts dieser Gesichtspunkte halte ich die Voraussetzungen des Artikels 2 der Richtlinie für nicht erfüllt. Beginnen werde ich mit der Voraussetzung, die sich auf die Eignung, Unterscheidungskraft zu haben, bezieht, die die wesentliche Funktion der Marke ist.

1. Eignung, Unterscheidungskraft zu haben

44. Betrifft die Anmeldung zwei Farben als solche, so ist sie, wie wir gesehen haben, darauf gerichtet, für diese Farben unabhän-

gig von irgendeinem Arrangement, in der diese Farben möglicherweise in Verbindung mit den in der Anmeldung genannten Waren oder Dienstleistungen in Erscheinung treten, Ausschließlichkeitsrechte zu erwerben. Die Beurteilung der Eignung dieser beiden Farben, Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie zu haben, muss damit konsequenterweise zur Beantwortung der Frage führen, ob sie geeignet sind, unabhängig von irgendwelchen Arrangements, in denen sie in Verbindung mit Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens in Erscheinung treten, diese Waren oder Dienstleistungen von denen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden.

45. Meiner Ansicht nach ist diese Frage zu verneinen. Die Möglichkeiten, zwei Farben zusammen in Verbindung mit einer Ware oder Dienstleistung miteinander zu arrangieren, sind praktisch unbegrenzt. So könnte der Inhaber einer aus den Farben Blau und Gelb als solchen bestehenden Marke diese Farben auf der äußeren Oberfläche der betreffenden Waren oder auf deren Verpackung in der Weise anbringen, dass er abwechselnd blaue und gelbe Streifen oder aber geometrische Figuren, wie etwa blaue Ringe auf gelbem Hintergrund o. Ä., verwendet. Der durch diese Farben hervorgerufene Gesamteindruck und damit deren Eignung, Unterscheidungskraft zu haben, werden jedoch ganz unterschiedlich sein, je nach dem, welches Arrangement vom Markeninhaber gewählt worden ist und wie hoch der Anteil der einen Farbe im Verhältnis zu dem der anderen ist.

46. Wie nämlich der Gerichtshof im Urteil Libertel festgestellt hat, können Farben zwar bestimmte gedankliche Verbindungen ver-

37 – Dieser Antrag unterscheidet sich demnach von den Markenmeldungen, bei denen es um Farben geht, die im Rahmen eines bestimmten Arrangements auf einer Ware angebracht werden, wie dies in den vom Gericht zu entscheidenden Rechtssachen der Fall war, die Tabletten für Wasch- und Geschirrspülmaschinen betrafen (vgl. insbesondere Urteile vom 19. September 2001 in den Rechtssachen T-335/99, Henkel/HABM [Rechteckige, rot-weiße Tablette], Slg. 2001, II-2581, und T-30/00 Henkel/HABM [Abbildung eines Reinigungsmittels], Slg. 2001, II-2663. In diesen Rechtssachen handelte es sich um dreidimensionale Marken oder um Bildmarken, die aus der Form oder der perspektivischen Darstellung einer Tablette mit zwei verschiedenfarbigen Schichten bestanden). Der im Ausgangsverfahren gestellte Antrag ist dagegen mit den Anträgen in den Rechtssachen vergleichbar, die zu den genannten Urteilen Viking-Umwelttechnik/HABM (Zusammenstellung der Farben Grün und Grau) und Andreas Stihl/HABM (Kombination von Orange und Grau) geführt haben, in denen die Kläger beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) die Eintragung zweier Farben — Grün und Grau bzw. Orange und Grau —, die nicht in einer bestimmten Weise miteinander arrangiert wurden, als Marken beantragt hatten.

mitteln und Gefühle hervorrufen, sie sind ihrer Natur nach aber kaum geeignet, eindeutige Informationen zu übermitteln. Dies sind sie umso weniger, als sie in der Werbung und bei der Vermarktung von Waren und Dienstleistungen wegen ihrer Anziehungskraft gewöhnlich in großem Umfang ohne eindeutigen Inhalt verwendet werden³⁸. Zwei Farben zusammen können demgemäß nur im Rahmen bestimmter Arrangements Unterscheidungskraft haben.

47. Die Annahme, dass zwei Farben als solche geeignet sind, Unterscheidungskraft zu haben, weil sie diese Voraussetzung zwar grundsätzlich, jedoch nur im Rahmen bestimmter Arrangements erfüllen können, würde meines Erachtens jedoch darauf hinauslaufen, dass der Gegenstand der Anmeldung selbst verkannt würde, mit der der Erwerb von Ausschließlichkeitsrechten begehrt wird, die sich auf alle möglichen Aspekte der Erscheinungsformen dieser Farben beziehen. Im Fall einer Wortmarke würde dies bedeuten, dass mehrere Buchstaben zusammen Unterscheidungskraft haben könnten und dass für jeden dieser Buchstaben deshalb Ausschließlichkeitsrechte begründet werden könnten, weil sie im Rahmen der Bildung eines bestimmten Wortes die Eignung zur Unterscheidungskraft hätten.

48. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin und dem vom Gerichtshof im

Urteil Libertel eingenommenen Standpunkt³⁹ meine ich auch nicht, dass eine oder mehrere Farben als solche infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erwerben können. Wie die Beschwerdeführerin in ihren schriftlichen Erklärungen⁴⁰ und in der Sitzung ganz ehrlich dargelegt hat, würden Unternehmen, die den Verkehr an ihre „Hausfarben“ gewöhnen wollen und diese Farben zur Identifizierung ihrer Produkte einsetzen, sich davor hüten, auf solche Gestaltungen zurückzugreifen, die eine Herkunftsunterscheidung nicht mehr möglich machten, so dass tatsächlich diese Farben stets im Rahmen einer bestimmten Gestaltung verwendet werden. Das ist auch die Auffassung des Gerichts in den Urteilen Viking-Umwelttechnik/HABM (Zusammenstellung der Farben Grün und Grau)⁴¹ und Andreas Stihl/HABM (Kombination von Orange und Grau)⁴², in denen es ausgeführt hat, dass eine unsystematische Verteilung der Farben auf den betreffenden Waren zahlreiche unterschiedliche Gestaltungen zulasse, die es dem Verbraucher nicht erlaubten, eine bestimmte Kombination zu erkennen und in Erinnerung zu behalten, auf die er sich für weitere Käufe unmittelbar und mit Gewissheit beziehen könnte.

49. Diese Beurteilung lässt sich verallgemeinern. Ein Gewöhnungsprozess kann meiner Ansicht nach nur dann zur Erlangung der Unterscheidungskraft durch eine oder mehrere Farben führen, wenn die Farben in Bezug auf dieselbe Ware oder Dienstleistung unter denselben oder hinreichend ähnlichen Bedingungen verwendet worden sind. Dieser Prozess kann für Waren oder Dienstleistun-

39 — Randnr. 67.

40 — S. 7.

41 — Randnr. 34.

42 — Randnr. 37.

38 — Randnr. 40.

gen, die zu unterschiedlichen Kategorien gehören, auch nur dann greifen, wenn die Bedingungen, unter denen die Farben in Verbindung mit allen betreffenden Waren und Dienstleistungen in Erscheinung treten, genügend Gemeinsamkeiten aufweisen, um es den Verbrauchern zu ermöglichen, allen diesen Waren oder Dienstleistungen dieselbe Herkunft zuzuschreiben. Ich bin mit anderen Worten nicht der Auffassung, dass aus der Gewöhnung der Verbraucher an die beiden „Hausfarben“ eines Unternehmens geschlossen werden kann, dass diese Verbraucher die Waren oder Dienstleistungen dieses Unternehmens unabhängig von den Arrangements wiedererkennen könnten, in deren Rahmen diese Farben in Verbindung mit diesen Waren und Dienstleistungen tatsächlich verwendet werden.

50. In Anbetracht dieser Gesichtspunkte meine ich daher, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass zwei Farben als solche Unterscheidungskraft im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie haben können. Ihre Eignung, die zweite Voraussetzung hinsichtlich der grafischen Darstellung zu erfüllen, erscheint noch fraglicher.

2. Grafische Darstellung

51. Nach der Rechtsprechung muss eine grafische Darstellung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie es ermöglichen, das Zeichen insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien

oder Schriftzeichen sichtbar so wiederzugeben, dass es genau identifiziert werden kann, wobei die Darstellung klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv sein muss⁴³.

52. Aus dieser Rechtsprechung folgt außerdem, dass dieses Erfordernis insbesondere den beiden folgenden Zwecken dient. Zunächst soll den zuständigen Behörden die Vorprüfung der Markenmeldungen sowie die Veröffentlichung und die Fortführung eines zweckdienlichen und genauen Markenregisters ermöglicht werden. Der zweite Zweck, der größtenteils von der Verwirklichung des ersten abhängt, besteht darin, die Wirtschaftsteilnehmer in die Lage zu versetzen, die Eintragungen oder Anmeldungen ihrer gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerber in Erfahrung zu bringen und auf diese Weise einschlägige Informationen über die Rechte Dritter zu erlangen⁴⁴. Insoweit trägt das Markenrechtssystem zur Rechtssicherheit bei⁴⁵.

53. Entgegen der vom Gerichtshof im Urteil Libertel geäußerten Ansicht halte ich die Bezeichnung einer Farbe nach einem international anerkannten Kennzeichnungscode und erst recht eine entsprechende Bezeichnung zweier Farben nicht für ausreichend, um diese Zwecke zu erreichen. Dies würde nämlich voraussetzen, dass die zuständigen

⁴³ – Urteile Sieckmann (Randnrn. 46 bis 55), Libertel (Randnrn. 28 und 29) und Shield Mark (Randnr. 51).

⁴⁴ – Urteil Sieckmann (Randnrn. 48 bis 51).

⁴⁵ – *Ibidem* (Randnr. 37).

Behörden und die übrigen Wirtschaftsteilnehmer beurteilen könnten, ob eine aus zwei Farben als solchen bestehende Marke mit einem anderen Zeichen, das identische oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen kennzeichnet, identisch ist oder mit ihm verwechselt werden kann.

54. Nach Artikel 4 der Richtlinie müssen die zuständigen Behörden die Eintragung eines Zeichens nämlich ablehnen, wenn dieses mit einer älteren Marke identisch ist und wenn die Waren oder Dienstleistungen, die mit diesem Zeichen bzw. mit dieser Marke gekennzeichnet sind, ebenfalls identisch sind. Nach demselben Artikel müssen die zuständigen Behörden weiter die Eintragung eines Zeichens ablehnen, wenn wegen seiner Identität oder Ähnlichkeit mit einer älteren Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der betreffenden Waren und Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht.

55. Zugleich kann der Inhaber der Marke nach Artikel 5 der Richtlinie Dritten verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren und Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die diese Marke eingetragen ist. Darüber hinaus kann er die Benutzung eines Zeichens verbieten, wenn wegen der Identität oder der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und wegen der Identität oder Ähnlichkeit der betreffenden Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht.

56. Die Beurteilung der Begriffe „Identität“ und „Verwechslungsgefahr“ setzt jedoch notwendig die genaue Kenntnis des betreffenden Zeichens und der betreffenden Marke voraus, wie sie von den betroffenen Verkehrskreisen wahrgenommen werden können. Dies folgt aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Kriterien zur Auslegung dieser Begriffe, wobei diese Kriterien im Rahmen der Artikel 4 und 5 der Richtlinie die gleichen sein müssen⁴⁶.

57. So hat der Gerichtshof im Urteil LTJ Diffusion klargestellt, dass der Begriff „Identität“ bedeute, dass zwei verglichene Elemente in jeder Hinsicht übereinstimmen⁴⁷. Daraus hat er gefolgert, dass eine Identität zwischen dem betreffenden Zeichen und der betreffenden Marke dann bestehe, wenn das Zeichen ohne Änderung oder Hinzufügung alle Elemente wiedergebe, die die Marke bildeten⁴⁸. Er hat allerdings hinzugefügt, dass die Wahrnehmung der Identität zwischen dem betreffenden Zeichen und der betreffenden Marke allgemein aus der Sicht eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers zu beurteilen und das Zeichen als Ganzes zu betrachten sei⁴⁹.

58. Außerdem ist nach der Rechtsprechung das Vorliegen einer Gefahr der Verwechslung durch das Publikum unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls

46 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 20. März 2003 in der Rechtssache C-291/00 (LTJ Diffusion, Slg. 2003, I-2799, Randnr. 43).

47 — Randnr. 50.

48 — Randnr. 51.

49 — Randnr. 52.

umfassend zu beurteilen⁵⁰. Bei dieser umfassenden Beurteilung sind insbesondere die Ähnlichkeit der betreffenden Marken im Bild, im Klang oder in der Bedeutung zu berücksichtigen, wobei auf den von diesen Marken hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen und insbesondere den unterscheidenden und dominierenden Elementen dieser Marken Rechnung zu tragen ist⁵¹. Schließlich ist für diese Beurteilung maßgeblich, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren oder Dienstleistungen wirkt⁵².

59. Daraus folgt, dass die grafische Darstellung der Marke es den zuständigen Behörden und den übrigen Wirtschaftsteilnehmern ermöglichen muss, den von dem betreffenden Zeichen und der betreffenden Marke jeweils hervorgerufenen Gesamteindruck unter Beachtung der jeweiligen unterscheidenden und dominierenden Elemente miteinander zu vergleichen. Ein solcher Vergleich würde aber den zuständigen Behörden in einem Fall, in dem die Marke aus zwei Farben als solchen besteht, äußerst schwer fallen. Eine solche Marke kann nämlich ihrem Erscheinungsbild nach in der Realität ganz verschiedene Aspekte aufweisen. Es lässt sich nicht bestreiten, dass der durch die Marke hervorgerufene Gesamteindruck sowie ihre unterscheidenden und dominierenden Elemente je nach dem Arrangement, in dem die Farben in Erscheinung treten, und insbesondere nach dem Anteil der einen Farbe im Verhältnis zu dem der anderen ganz unterschiedlich sein können.

50 — Urteile des Gerichtshofes vom 11. November 1997 in der Rechtssache C-251/95 (Sabèl, Slg. 1997, I-6191, Randnr. 22), vom 29. September 1998 in der Rechtssache C-39/97 (Canon, Slg. 1998, I-5507, Randnr. 16), vom 22. Juni 1999 in der Rechtssache C-342/97 (Lloyd Schuhfabrik Meyer, Slg. 1999, I-3819, Randnr. 18) und vom 22. Juni 2000 in der Rechtssache C-425/98 (Marca Mode, Slg. 2000, I-4861, Randnr. 40).

51 — Urteile Sabèl (Randnr. 23) und Lloyd Schuhfabrik Meyer (Randnr. 45).

52 — Ibidem.

60. Den zuständigen Behörden würde daher bei einem Antrag auf Eintragung zweier Farben als solchen nach den in der genannten Rechtsprechung aufgestellten Kriterien die Beurteilung schwer fallen, ob bei dieser Marke die Gefahr des Vorliegens von Identität oder die Gefahr einer Verwechslung mit einer bereits für identische oder ähnliche Waren eingetragenen Marke vorliegt, die aus diesen beiden Farben oder einer von ihnen oder aus Farben mit ähnlichen Farbtönen besteht. Auch könnten die zuständigen Behörden im Fall der Eintragung einer aus zwei Farben als solchen bestehenden Marke nicht feststellen, ob der Anmeldung eines Zeichens, das aus einer der oder beiden betreffenden Farben oder aus Farben mit ähnlichen Farbtönen besteht, unter Anwendung dieser Kriterien nicht eines der Eintragungshindernisse des Artikels 4 der Richtlinie entgegensteht. Der Gerichtshof hat aber im Urteil Libertel darauf hingewiesen, dass nach dem System der Richtlinie, das auf einer der Eintragung vorausgegangenen und nicht auf einer nachträglichen Kontrolle beruht, die Prüfung des Antrags auf Eintragung nicht auf ein Mindestmaß beschränkt werden darf, sondern streng und vollständig sein muss, um eine ungerechtfertigte Eintragung von Marken zu vermeiden⁵³.

61. Aus den gleichen Gründen könnte ein Wirtschaftsteilnehmer bei einer aus zwei Farben als solchen bestehenden Marke nicht mit Sicherheit feststellen, welche Rechte ihm in Ansehung dieser Farben und der diesen ähnlichen Farbtönen zustehen, soweit es um Waren oder Dienstleistungen geht, die mit

53 — Randnr. 59.

denjenigen, für die diese Marke eingetragen worden ist, identisch oder ihnen ähnlich sind. So könnte er — mit der niederländischen Regierung⁵⁴ — der Ansicht sein, dass er zur Verwendung dieser Farben für ein Bildzeichen berechtigt sei, weil eine aus zwei Farben als solchen bestehende Marke so allgemein und wenig spezifisch sei, dass eine Ähnlichkeit oder die Gefahr einer Verwechslung zwischen dieser Marke und diesem Zeichen ausgeschlossen sei. Er könnte im Gegenteil — mit der Regierung des Vereinigten Königreichs⁵⁵ — auch auf dem Standpunkt stehen, dass der Inhaber einer aus zwei Farben als solchen bestehenden Marke gegen die Verwendung dieser Farben oder ihnen ähnlicher Farbtöne im geschäftlichen Verkehr unabhängig von der Form, in der diese Farben verwendet werden, geschützt sei. Diese Unsicherheit zeigt, dass das Gebot der Rechtssicherheit, das eines der Zwecke darstellt, die der Voraussetzung, dass sich das Zeichen grafisch darstellen lassen muss, zugrunde liegen, nicht eingehalten wäre.

62. Die Kennzeichnung zweier Farben als solchen durch einen international anerkannten Kennzeichnungscode kann daher nicht als grafische Darstellung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie angesehen werden.

3. Vorliegen eines Zeichens

63. Erstmals im Urteil Libertel hat der Gerichtshof das Vorliegen eines Zeichens

zu einer selbstständigen Voraussetzung für die Markenfähigkeit im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie erhoben. Er hat den Begriff „Zeichen“ jedoch nicht definiert. Nach seiner gewöhnlichen Bedeutung ist ein Zeichen etwas Wahrnehmbares, das auf die Existenz oder die Wahrheit von etwas anderem schließen lässt, mit dem es verbunden ist. Ein Zeichen ist also etwas, das als solches wahrnehmbar und erkennbar ist.

64. Dies ist auch die Auslegung des Begriffes „Zeichen“, auf die der Gerichtshof im Urteil Libertel abgestellt hat, als er darauf hingewiesen hat, dass nicht davon ausgegangen werden könne, dass eine Farbe als solche ein Zeichen sei, weil eine Farbe gewöhnlich eine bloße Eigenschaft von Gegenständen sei. Eine Farbe könne daher nur in einem bestimmten Zusammenhang ein Zeichen sein⁵⁶.

65. Der Gerichtshof hat jedoch weiter ausgeführt, dass eine Farbe als solche in Bezug auf eine Ware oder eine Dienstleistung ein Zeichen sein könne⁵⁷. Diese Schlussfolgerung entspricht nicht den vorangegangenen Überlegungen. Wenn — wie auch ich meine — eine Farbe nur in einem bestimmten Zusammenhang ein Zeichen sein kann, handelt es sich nicht mehr um eine Farbe als solche, das heißt um die Farbe als abstrakte Größe, denn diese kann in der Realität nicht angetroffen werden. Das Zeichen ist die in einem besonderen Zusammenhang verwendete Farbe, insoweit nämlich, als eine Ware oder die Verpackung einer

54 — Schriftliche Erklärungen (Nr. 35).

55 — Schriftliche Erklärungen (Nr. 33).

56 — Randnr. 27.

57 — *Ibidem*.

Ware mit ihr versehen ist oder als sie im Rahmen ganz bestimmter Formen oder Konturen in Erscheinung tritt. Dieser ganz bestimmte Zusammenhang ermöglicht es, dass die Farbe zu einem Zeichen wird. Da diese Zeichenfähigkeit von diesem Zusammenhang abhängt, kann eine Farbe als solche der Bildung verschiedener Zeichen dienen, mit denen bestimmte Waren oder Dienstleistungen gekennzeichnet werden.

66. Die gleiche Bewertung ist erst recht bei einem Antrag auf Eintragung zweier Farben als solchen geboten. Zwei Farben können nämlich die Bildung vieler, ja sogar unbegrenzt vieler Zeichen im Zusammenhang mit Waren oder Dienstleistungen ermöglichen. Dies ist ja auch, wie ich bereits ausgeführt habe, der vom Anmelder einer solchen Marke angestrebte Zweck, der sich damit die Möglichkeit vorbehalten will, die betreffenden Farben nach eigenem Gutdünken zur Kennzeichnung seiner Waren oder Dienstleistungen zu verwenden. Folglich beantragt der Anmelder in einem solchen Fall nicht die Eintragung eines Zeichens, sondern diejenige von Elementen, auf deren Grundlage er später alle von ihm gewünschten Zeichen bilden kann.

67. Wie jedoch das Bundespatentgericht zutreffend ausgeführt hat, obliegt dem Anmelder hinsichtlich des Zeichens, das er verwenden wird oder tatsächlich verwendet hat, nach der Systematik der Richtlinie eine Präzisierungspflicht als Korrelat der Ausschließlichkeitsrechte, die ihm aufgrund der Eintragung dieses Zeichens zustehen werden. Deshalb können meines Erachtens

Farben als solche nicht als Zeichen im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie angesehen werden.

68. Schließlich würde es meines Erachtens auch nicht den Zwecken der Richtlinie entsprechen, wenn Farben als solche in die Liste der Zeichen, die eine Marke im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie sein können, aufgenommen würden.

B — *Die Zwecke der Richtlinie*

69. Wie sich aus ihrer ersten, siebten, neunten und zehnten Begründungserwägung ergibt, will die Richtlinie den Erwerb des Markenrechts und den Schutz der dem Markeninhaber durch die Marke verliehenen Rechte in allen Mitgliedstaaten den gleichen Bedingungen unterwerfen. Unstreitig wird mit dieser Harmonisierung zugleich die Beseitigung der Unterschiede zwischen den markenrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten, die den freien Warenverkehr und den freien Dienstleistungsverkehr behindern können, angestrebt. Damit geht es der Richtlinie um die Förderung des freien Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt.

70. Die Verwirklichung dieser Zwecke setzt somit voraus, dass für die Eintragung einer Marke sowie den ihrem Inhaber aufgrund der Eintragung gewährten Schutz in allen

Mitgliedstaaten die gleichen Bedingungen gelten. Insoweit hat der Gerichtshof, wie wir gesehen haben, die Kriterien näher bestimmt, nach denen die Begriffe „Identität“ und „Verwechslungsgefahr“ sowohl im Rahmen des Artikels 4 über die Eintragungshindernisse als auch im Rahmen des Artikels 5 über die Bestimmung der durch die Marke verliehenen Rechte zu beurteilen sind.

Verwendung derselben Farben oder von Farben mit ähnlichen Farbtönen durch seine Wettbewerber im Rahmen spezifischer Bildmarken widersetzen. Die Eintragung von aus zwei Farben als solchen bestehenden Marken würde also umso eher zugelassen werden, als solche Marken als „schwache“ Marken angesehen würden.

71. Wie ich aber ebenfalls bereits betont habe, würde es den nationalen Behörden äußerst schwer fallen, diese Kriterien auf eine aus zwei Farben als solchen bestehende Marke anzuwenden, da diese Farben nicht das Zeichen wiedergeben, das vom Anmelder zur Kennzeichnung seiner Waren oder Dienstleistungen tatsächlich verwendet wird oder werden soll, sondern viele, ja sogar unbegrenzt viele mögliche Zeichen. Die nationalen Behörden könnten deshalb mit der niederländischen Regierung davon ausgehen, dass eine aus zwei Farben als solchen bestehende Marke so abstrakt sei, dass bei ihr keine Gefahr einer Verwechslung mit Bildmarken bestehe, in denen dieselben Farben oder diesen ähnliche Farbtöne im Rahmen einer ganz bestimmten Gestaltung verwendet würden. Sie könnten daher beispielsweise der Ansicht sein, dass eine aus den Farben Blau und Gelb als solchen bestehende Marke mit einem Zeichen, das aus einem gelben Ring inmitten eines blauen Quadrats bestehen würde, nicht identisch sei und nicht mit ihm verwechselt werden könne, da sich ein solches Zeichen von der genannten Marke durch seine ganz spezifischen Formen, nämlich einen Ring in einem Quadrat, unterscheide. Das Vorliegen von aus den fraglichen Farben bestehenden Bildmarken würde somit einer Markenmeldung dieser Farben als solchen nicht entgegenstehen. Zudem könnte sich der Inhaber einer solchen Marke nicht der

72. Umgekehrt könnten die zuständigen Behörden anderer Mitgliedstaaten davon ausgehen, dass die Markeneintragung von Farben als solchen unabhängig von dem Erscheinungsbild oder dem Arrangement, in denen diese Farben in Verbindung mit den betreffenden Waren oder Dienstleistungen zutage treten könnten, geeignet sei, ihren Inhabern Ausschließlichkeitsrechte in Bezug auf diese Farben sowie die diesen ähnlichen Farbtöne zu verleihen. Unter diesen Umständen könnte die frühere Eintragung von Bildmarken, die aus einer der oder beiden betreffenden Farben bestehen, als ein Hindernis für einen Antrag auf Markeneintragung dieser beiden Farben als solchen oder von Farben mit ähnlichen Farbtönen angesehen werden. Ebenso könnte die Eintragung einer solchen Marke es ihrem Inhaber ermöglichen, sich jeder Verwendung dieser Farben im geschäftlichen Verkehr in welcher Form auch immer im Zusammenhang mit den in der Anmeldung bezeichneten Waren oder Dienstleistungen zu widersetzen.

73. Die Annahme, dass zwei Farben als solche als Marken eintragungsfähig seien, könnte somit zu erheblichen Unterschieden

bei der Handhabung der Bedingungen, unter denen solche Marken eingetragen und geschützt werden könnten, durch die zuständigen nationalen Behörden führen. Diese Unterschiede wären zudem geeignet, den freien Wettbewerb auf einem bestimmten Markt infrage zu stellen. Ein Wirtschaftsteilnehmer, der seine Waren oder Dienstleistungen durch eine aus einer oder mehreren Farben bestehenden Bildmarke kennzeichnet, wäre nämlich möglicherweise daran gehindert, seine Waren oder Dienstleistungen unter derselben Marke in einem anderen Mitgliedstaat anzubieten, in dem die Markeneintragung von Farben als solchen dahin ausgelegt würde, dass mit der Eintragung in Bezug auf jede Verwendung dieser Farben in Verbindung mit Waren oder Dienstleistungen, die mit den in der Eintragung genannten identisch oder ihnen ähnlich wären, Ausschließlichkeitsrechte verliehen würden. Jedenfalls könnte schon die Unsicherheit über die Rechte, die dem Inhaber der Marke durch die Markeneintragung von Farben als solchen in einem bestimmten Staat verliehen werden, diesen Wirtschaftsteilnehmer veranlassen, seine Waren oder Dienstleistungen nicht in diesem Mitgliedstaat anzubieten, um sich nicht möglichen Klagen auszusetzen.

74. Auch könnte der Umstand, dass es praktisch unmöglich ist, die in der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien zur Beurteilung der Begriffe „Identität“ und „Verwechslungsgefahr“ auf ein aus zwei Farben als solchen bestehendes Zeichen anzuwenden, zu ganz unterschiedlichen Anwendungen der im Urteil Libertel aufgestellten Kriterien durch die zuständigen nationalen Behörden führen. Insbesondere könnte die Berücksichtigung des Freihaltungsgebots je nach dem, ob die nationalen Behörden die Auffassung vertreten, dass die Markeneintragung zweier Farben als solchen die

übrigen Wirtschaftsteilnehmer daran hindere, dieselben Farben oder diesen ähnliche Farbtöne in welcher Form auch immer zu benutzen, oder ob sie diese Auffassung nicht vertreten, zu ganz unterschiedlichen Anwendungen führen.

75. Schließlich meine ich entgegen der Auffassung der Kommission und der Beschwerdeführerin auch nicht, dass die rechtlichen Unsicherheiten, die durch die Markeneintragung von Farben als solchen hervorgerufen werden, durch die Rechtsprechung in voller Übereinstimmung mit dem System und den Zielen der Richtlinie beseitigt werden könnten. Wie wir nämlich gesehen haben, kann die Frage, wie die Begriffe „Identität“ und „Gefahr der Verwechslung“ mit einer aus zwei Farben als solchen bestehenden Marke auszulegen sind, zu zwei unterschiedlichen Auffassungen über den Umfang der durch eine solche Marke verliehenen Rechte führen: Es kann sich entweder um eine „schwache“ Marke oder aber um eine Marke handeln, die hinsichtlich jeder Verwendung der betreffenden Farben und der diesen ähnlichen Farbtöne in Bezug auf Waren, die mit den in der Anmeldung genannten identisch oder ihnen ähnlich sind, Ausschließlichkeitsrechte verleiht.

76. Jede dieser beiden Alternativen wäre meiner Ansicht nach in Anbetracht des Systems und der Zwecke der Richtlinie zu beanstanden.

77. Die Auffassung, dass aus zwei Farben als solchen bestehende Marken „schwache“ Marken seien, entspricht nicht der Absicht des Gesetzgebers, der nicht die Entwicklung solcher Marken mit der Richtlinie hat fördern wollen. Ihm war vielmehr daran gelegen, die Zahl eingetragener Marken zu begrenzen und für diese Marken in allen Mitgliedstaaten ein hohes Schutzniveau zu gewährleisten⁵⁸. Diese Auffassung würde außerdem das Interesse der Wirtschaftsteilnehmer an der Eintragung dieser Art von Marken zum großen Teil entfallen lassen.

78. Nach der entgegengesetzten Auffassung, wonach die Markeneintragung von zwei Farben als solchen dem Inhaber dieser Marke unabhängig von den Arrangements, in denen diese Farben in Verbindung mit den betreffenden Waren und Dienstleistungen in Erscheinung treten können, Ausschließlichkeitsrechte in Bezug auf diese Farben verschafft, würde dem Inhaber der Marke letztlich ein größerer Schutz als aufgrund des Zeichens verliehen, das er tatsächlich benutzt hat oder benutzen wird. Diese Konsequenz widerspricht aber dem System des Markenrechts. Nach diesem System werden nämlich paradoxerweise einem Wirtschaftsteilnehmer insbesondere zeitlich unbeschränkte Ausschließlichkeitsrechte in Bezug auf Zeichen verliehen, die der Vermarktung von Waren und Dienstleistungen zum Zweck der Förderung des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt dienen sollen. Die Rechtsprechung hat aus diesem Widerspruch ganz konsequent abgeleitet, dass die Ausschließlichkeitsrechte nur gewährt werden können, wenn die betreffenden Zeichen

ihrer Funktion als Herkunftshinweis tatsächlich gerecht werden⁵⁹.

79. Außerdem würde die Markeneintragung von zwei Farben als solchen die praktische Wirksamkeit der Artikel 10 und 12 der Richtlinie hinsichtlich der Verpflichtungen des Inhabers einer solchen Marke infrage stellen. Bekanntlich muss der Inhaber der Marke diese nach den Artikeln 10 und 12 der Richtlinie ernsthaft benutzen, wenn sie nicht verfallen soll. Nach Artikel 10 Absatz 2 gilt als ernsthaft Benutzung der Marke auch deren Benutzung in einer Form, die von der Eintragung nur in Bestandteilen abweicht, ohne dass dadurch die Unterscheidungskraft der Marke beeinflusst wird. Infolgedessen impliziert die Durchführung dieser Bestimmungen zwingend, dass die Eintragung zweier Farben als Marke nur zugelassen wird, wenn diese Farben Gegenstand eines bestimmten Arrangements sind. Besteht die Marke jedoch aus Farben als solchen, könnte für eine ernsthafte Benutzung der Marke und damit für eine unbefristete Aufrechterhaltung der Ausschließlichkeitsrechte in Bezug

⁵⁹ — Vgl. insbesondere Urteile vom 12. November 2002 in der Rechtssache C-206/01 (Arsenal Football Club, Slg. 2002, I-10273, Randnr. 51) und LTJ Diffusion (Randnr. 48). In diesem Sinne ist auch die Auslegung von Artikel 30 EG durch den Gerichtshof heranzuziehen, wonach die Ausnahmen vom Grundsatz des freien Warenverkehrs zum Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums nur gerechtfertigt sind, wenn sie die Wahrung der Rechte gewährleisten, die zum spezifischen Gegenstand dieser Art des Eigentums gehören (u. a. Urteile vom 22. Juni 1976 in der Rechtssache 119/75, Terrapin, Slg. 1976, 1039, Randnr. 5, und vom 23. April 2002 in der Rechtssache C-143/00, Boehringer Ingelheim u. a., Slg. 2002, I-3759, Randnr. 28). Siehe auch die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Auslegung von Artikel 7 der Richtlinie über die Erschöpfung des Rechts aus der Marke (u. a. Urteil vom 11. Juli 1996 in den Rechtssachen C-427/93, C-429/93 und C-436/93, Bristol-Myers Squibb u. a., Slg. 1996, I-3457, Randnrn. 41 und 42).

⁵⁸ — Achte bis zehnte Begründungserwägung.

auf diese Farben irgendeine Benutzung dieser Farben, durch die die betreffenden Waren oder Dienstleistungen gekennzeichnet werden, genügen.

80. Insgesamt meine ich daher, dass Markeneintragungen von zwei Farben als solchen nicht im Rahmen des Artikels 3 der Richtlinie in Bezug auf jeden Einzelfall einschränkend gehandhabt werden, sondern vielmehr nach Artikel 2 der Richtlinie grundsätzlich

ausgeschlossen sein sollten. Deshalb schlage ich dem Gerichtshof vor, seinen im Urteil Libertel geäußerten Standpunkt zu überdenken und dem Bundespatentgericht zu antworten, dass als Marke zur Eintragung in das Register angemeldete abstrakt und konturlos beanspruchte Farben oder Farbzusammenstellungen, deren Farbtöne unter Einreichung eines Farbmusters wörtlich benannt sowie nach einem anerkannten Farbklassifikationssystem genau bezeichnet sind, nicht die Voraussetzungen des Artikels 2 der Richtlinie erfüllen.

VI — Ergebnis

81. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen des Bundespatentgerichts wie folgt zu beantworten:

Als Marke zur Eintragung in das Register angemeldete abstrakt und konturlos beanspruchte Farben oder Farbzusammenstellungen, deren Farbtöne unter Einreichung eines Farbmusters wörtlich benannt sowie nach einem anerkannten Farbklassifikationssystem genau bezeichnet sind, erfüllen nicht die Anforderungen an die Markenfähigkeit nach Artikel 2 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, da sie kein Zeichen sind, das sich grafisch darstellen lässt und geeignet ist, die Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden.