BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 195/06

Verkündet am:
19. Februar 2009
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

UHU

MarkenG § 4 Nr. 2, § 8 Abs. 1; UWG §§ 3, 4 Nr. 9

a) Hat der Kläger sein Klagebegehren auf Ansprüche aus einem Markenrecht und aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz gestützt, kann das Berufungsgericht die Revision beschränkt auf die markenrechtlichen oder die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche zulassen.

b) Eine Marke kraft Verkehrsgeltung nach § 4 Nr. 2 MarkenG braucht nicht graphisch darstellbar i.S. von § 8 Abs. 1 MarkenG zu sein.

c) Für die Marke kraft Verkehrsgeltung gilt das Gebot der Bestimmtheit. Bei einer als Marke kraft Verkehrsgeltung beanspruchten Farbkombination müssen die systematische Anordnung und das flächenmäßige Verhältnis der Farben klar und eindeutig bestimmt sein.

BGH, Urteil vom 19. Februar 2009 - I ZR 195/06 - OLG Köln
LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Februar 2009 durch die Richter Dr. Bergmann, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 13. Oktober 2006 wird als unzulässig verworfen, soweit mit ihr die Klageanträge im Hinblick auf Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz weiterverfolgt werden, und im Übrigen zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin produziert und vertreibt Klebstoffe unter der Marke "UHU". Sie ist seit 1932 mit ihrem Produkt "UHU Alleskleber" auf dem Markt. Die Klebstofftube und die Umverpackung sind in der Grundfarbe Gelb mit schwarzer Beschriftung gehalten. In derselben farblichen Aufmachung vertreibt die Klägerin seit Jahrzehnten das Produkt "UHU Flinke Flasche".

2 Zur Produktpalette der Klägerin gehören darüber hinaus verschiedene als Sekundenkleber bezeichnete Klebstoffe. Die Behältnisse dieser Kleber weisen eine schwarze Kappe und das in schwarzer Schrift herausgestellte Markenwort "UHU" auf. Für die weitere Beschriftung verwendet die Klägerin neben Schwarz auch die Farben Weiß und Rot. Die gelbe Grundfarbe der Behältnisse des Klebstoffs wird im unteren Drittel teilweise von einer roten Farbgebung abgelöst, die zum unteren Ende hin breiter wird. Die Verpackungskartons sind entsprechend gestaltet. Bei einem der von der Klägerin angebotenen Sekundenkleber enthält die Umverpackung einen grünen Streifen mit der Angabe "ohne Lösungsmittel, keine stechenden Dämpfe". Die Klägerin bietet ferner Spezialklebstoffe für besondere Materialien an, bei denen sie für die Klebstoffbehältnisse und die Umverpackung neben der Grundfarbe Gelb die Farbe Blau verwendet.

3 Zum Produktprogramm der Beklagten, die ebenfalls Klebstoffe vertreibt, gehört seit Anfang des Jahres 2005 ein Sekundenkleber mit der Bezeichnung "PERFECT". Die Klebstofftuben und die Verpackungsaufmachungen dieses Klebstoffs sind in den Grundfarben Gelb, Schwarz und Rot gehalten. Für die Beschriftungen hat die Beklagte ebenfalls diese Farben und die Farbe Weiß gewählt. Die Einzelheiten der Aufmachung ergeben sich aus den im Klageantrag wiedergegebenen Abbildungen.

4 Die Klägerin hat behauptet, sie sei mit einem Marktanteil zwischen 72% und 89% in den Jahren von 1987 bis 2003 im Produktsektor "Alleskleber" Marktführerin gewesen. Gleiches gelte für die als Sekundenkleber bezeichneten Klebstoffe, bei der sich ihr Marktanteil zwischen 41% und 50% bewegt habe. Mit der Farbkombination Gelb/Schwarz verfüge sie über eine überragende Verkehrsbekanntheit für Klebstoffe. Die Klägerin meint, sie habe deshalb eine Mar-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

ke kraft Verkehrsgeltung bezogen auf Klebstoffprodukte erworben. Sie sieht den Vertrieb des von der Beklagten angebotenen Klebstoffs in der angegriffenen Aufmachung als eine Verletzung ihres Markenrechts und nach den Grundsätzen des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes als wettbewerbswidrig an.

5 Die Klägerin hat beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen,

1. es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Sekundenkleber in der nachstehend wiedergegebenen Ausstattung anzubieten, zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen:

6 Die Klägerin hat zudem einen Auskunftsanspruch gegen die Beklagte geltend gemacht und die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung begehrt.

7 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat einen Markenschutz der Klägerin für eine konturlose Farbmarke mit den Farben Gelb und Schwarz in Abrede gestellt.

8 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt (LG Köln, Urt. v. 3.2.2006 - 81 O 100/05, juris).

9 Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen (OLG Köln GRUR-RR 2007, 100).

10 Mit ihrer vom Berufungsgericht auf die Abweisung der markenrechtlichen Ansprüche beschränkt zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

11 I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch sowohl nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 5 MarkenG als auch wegen vermeidbarer Herkunftstäuschung und wegen Ausnutzung und Beeinträchtigung der Wertschätzung der Produkte der Klägerin nach § 8 Abs. 1, §§ 3, 4 Nr. 9 lit. a und b UWG sowie Ansprüche auf Auskunftserteilung und Schadensersatzansprüche verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

12 Die Klägerin verfüge nicht über die von ihr in Anspruch genommene Marke kraft Verkehrsgeltung. Sie beanspruche als Benutzungsmarke jede beliebige Kombination der Farben Gelb und Schwarz mit der einzigen Einschränkung, dass die Farbe Schwarz einen Anteil von weniger als 50% ausmache. An einer solchen Marke könne mangels graphischer Darstellbarkeit kein Markenschutz durch Eintragung erworben werden, weil die systematische Anordnung der betreffenden Farben in vorher festgelegter und beständiger Weise fehle. Diese Maßstäbe seien auch bei der Marke kraft Verkehrsgeltung nach § 4 Nr. 2 MarkenG anzuwenden. Zwar sehe das deutsche Markenrecht das Merkmal der graphischen Darstellbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG als absolutes Schutzhindernis nur für Registermarken vor. Graphisch nicht darstellbare Zeichen blieben nach § 8 Abs. 1 MarkenG jedoch selbst dann von der Eintragung ausgeschlossen, wenn sie sich in den beteiligten Verkehrskreisen i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG durchgesetzt hätten. Es sei nicht einzusehen, dem Zeichen bei (niedrigerer) Verkehrsgeltung Schutz als Benutzungsmarke zuzubilligen.

13 Der Klägerin stünden auch keine Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz zu. Eine Herkunftstäuschung liege nicht vor, weil der Verbraucher unabhängig von den unterschiedlichen Wortbezeichnungen "UHU" und "PERFECT" auf den von den Parteien vertriebenen Produkten die Unterschiede in den sich gegenüberstehenden Aufmachungen erkenne und daher keiner Herkunftstäuschung unterliege. Es sei auch nicht anzunehmen, dass durch die angegriffene Warengestaltung der Beklagten die Wertschätzung der Produkte der Klägerin unangemessen ausgenutzt oder beeinträchtigt werde.

14 II. Die Revision ist teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet.

15 1. Die Revision ist unzulässig, soweit sie sich dagegen richtet, dass das Berufungsgericht die geltend gemachten Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz nach § 8 Abs. 1, § 9 Satz 1, §§ 3, 4 Nr. 9 lit. a und b UWG i.V. mit § 242 BGB verneint hat. Wegen dieser Ansprüche ist die Revision vom Berufungsgericht nicht zugelassen worden und das Rechtsmittel daher gemäß § 543 Abs. 1 ZPO unstatthaft.

16 a) Das Berufungsgericht hat die Revision nur beschränkt im Hinblick auf die Abweisung der markenrechtlichen Ansprüche der Klägerin zugelassen. Diese Beschränkung ist wirksam.

17 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann das Berufungsgericht die Zulassung der Revision auf einen rechtlich selbständigen und abtrennbaren Teil des Streitstoffs beschränken, der Gegenstand eines Teil- oder Zwischenurteils sein könnte oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte (BGH, Urt. v. 21.9.2006 - I ZR 2/04, NJW-RR 2007, 182 Tz. 19 = TranspR 2006, 451; Urt. v. 30.3.2007 - V ZR 179/06, NJW 2007, 2182 Tz. 6). Nicht zulässig ist es dagegen, die Revision auf einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen oder auf bestimmte Rechtsfragen zu beschränken (BGH NJW-RR 2007, 182 Tz. 19). Die von der Klägerin verfolgten Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz bilden jedoch einen abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffs, weil die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche nach § 8 Abs. 1, § 9, §§ 3, 4 Nr. 9 UWG und die markenrechtlichen Ansprüche verschiedene Streitgegenstände darstellen.

18 Der Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) wird durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt bestimmt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGHZ 166, 253 Tz. 25 - Markenparfümverkäufe;

BGH, Urt. v. 20.9.2007 - I ZR 6/05, GRUR 2007, 1071 Tz. 56 = WRP 2007, 1461 - Kinder II). Nichts anderes gilt bei der Verfolgung von Rechten aus Marken kraft Verkehrsgeltung (vgl. BGH GRUR 2007, 1071 Tz. 57 - Kinder II; BGH, Urt. v. 20.9.2007 - I ZR 94/04, GRUR 2007, 1066 Tz. 61 = WRP 2007, 1466 - Kinderzeit). Der Kläger bestimmt hier durch seinen Vortrag über die Entstehung des Schutzrechts als Teil des Lebenssachverhalts den Streitgegenstand. Von diesen Maßstäben ist auch für das Verhältnis zwischen Ansprüchen aus einem Markenrecht und aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz auszugehen. Werden neben einem Anspruch aus einem Schutzrecht Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz geltend gemacht, handelt es sich um zwei Streitgegenstände (vgl. BGH, Urt. v. 7.12.2000 - I ZR 146/98, GRUR 2001, 755, 757 = WRP 2001, 804 - Telefonkarte). Diese bilden jeweils einen selbständigen Teil des Streitstoffs, auf den die Zulassung der Revision beschränkt werden kann.

19 2. Die Revision ist zulässig, jedoch unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der auf eine Marke kraft Verkehrsgeltung gestützten Klageanträge richtet. Der Klägerin stehen der markenrechtliche Unterlassungsanspruch nach § 4 Nr. 2, § 14 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 5 MarkenG gegen die Benutzung der im Klageantrag zu I 1 wiedergegebenen Aufmachung sowie der Auskunftsanspruch (§ 242 BGB) und der mit dem Feststellungsantrag geltend gemachte Schadensersatzanspruch (§ 14 Abs. 6 MarkenG) nicht zu.

20 Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass für die Klägerin nicht die von ihr beanspruchte Marke kraft Verkehrsgeltung nach § 4 Nr. 2 MarkenG an der Farbkombination Gelb/Schwarz entstanden ist.

21 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin begehre Schutz für eine aus den Farben Gelb und Schwarz bestehende konturlose Benut-

zungsmarke, bei der die Verwendung der gelben gegenüber der schwarzen Farbe überwiege, im Übrigen aber die Farbzusammenstellung ganz unbestimmt und frei wählbar sei. Für eine derartige Marke sei der Markenschutz ausgeschlossen, weil sie nicht graphisch i.S. von § 8 Abs. 1 MarkenG darstellbar sei. Das Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit gelte auch für die Benutzungsmarke. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Die Benutzungsmarke unterfällt zwar nicht der Vorschrift des § 8 Abs. 1 MarkenG (dazu II 2 b und c aa). Die von der Klägerin beanspruchte Marke genügt jedoch nicht dem Gebot der Bestimmtheit, das auch für Benutzungsmarken gilt (dazu II 2 c bb).

22 b) An einem Zeichen, das in einer Farbe oder in einer Farbkombination ohne konkrete Konturierung besteht, können die Rechte einer Benutzungsmarke nach § 4 Nr. 2 MarkenG erworben werden, wenn die allgemeinen Kriterien der Markenfähigkeit (§ 3 MarkenG) gegeben sind und für das Zeichen durch Benutzung Verkehrsgeltung erlangt worden ist (BGHZ 156, 126, 134 - Farbmarkenverletzung I, m.w.N.).

23 Für die Bestimmung des Schutzgegenstands der Benutzungsmarke ist von der konkreten Gestaltung auszugehen, in der das Zeichen dem Publikum entgegentritt (vgl. BGH, Urt. v. 10.7.1981 - I ZR 124/79, GRUR 1982, 51, 52 - Rote-Punkt-Garantie; Urt. v. 6.5.1982 - I ZR 94/80, GRUR 1982, 672, 674 - Aufmachung von Qualitätsseifen zum Ausstattungsschutz nach § 25 WZG; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl., § 4 Rdn. 13). Soweit unterschiedliche Aufmachungen gewisse gemeinsame Merkmale aufweisen, kann ihnen Zeichenschutz zukommen, wenn sie auf eine gemeinsame Herkunft der Produkte hinweisen (vgl. BGH, Urt. v. 23.6.1967 - Ib ZR 54/66, GRUR 1968, 371, 374 - Maggi; BGH GRUR 1982, 672, 674 - Aufmachung von Qualitätsseifen). Die

übereinstimmenden Merkmale, für die Zeichenschutz beansprucht wird, sind jedoch eindeutig zu bestimmen (vgl. BGH GRUR 1968, 371, 374 - Maggi).

24 c) Die Klägerin hat zur Beurteilung der Merkmale der von ihr beanspruchten Marke kraft Verkehrsgeltung auf die Aufmachungen ihrer Klebstoffprodukte Bezug genommen, die vollständig oder teilweise in der Grundfarbe Gelb und der Farbe Schwarz gehalten sind. Sie beansprucht auf der Grundlage dieser Aufmachungen als Benutzungsmarke jede beliebige Kombination der Farben Gelb und Schwarz, wenn der Anteil der gelben Farbe gegenüber der schwarzen Farbgebung überwiegt.

25 Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass diese Merkmale nicht Schutzgegenstand einer Marke kraft Verkehrsgeltung sein können. Die Marke wird durch diese Merkmale nicht hinreichend bestimmt.

26 aa) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts folgt dies allerdings nicht bereits aus einer mangelnden graphischen Darstellbarkeit i.S. von § 8 Abs. 1 MarkenG der von der Klägerin beanspruchten Benutzungsmarke. Zu Recht macht die Revision geltend, dass die Vorschrift des § 8 Abs. 1 MarkenG auf Marken kraft Verkehrsgeltung i.S. von § 4 Nr. 2 MarkenG nicht anwendbar ist.

27 (1) Zum Register angemeldete Marken sind gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen, wenn sie nicht graphisch darstellbar sind. Bei abstrakt und konturlos beanspruchten Farben erfordert die graphische Darstellbarkeit eine systematische Anordnung der Farben in der Weise, dass sie in vorher festgelegter und beständiger Weise verbunden sind. Die bloße form- und konturlose Zusammenstellung zweier Farben oder deren Nennung "in beliebiger Anordnung zueinander" reicht dafür nicht aus. Eine solche Anmeldung erfüllt

nicht die Anforderungen an die Eindeutigkeit und Beständigkeit, die Voraussetzungen für die graphische Darstellbarkeit der Marke sind (vgl. EuGH, Urt. v. 24.6.2004 - C-49/02, Slg. 2004, I-6129 = GRUR 2004, 858 Tz. 33 - Heidelberger Bauchemie; BGHZ 169, 167 Tz. 13 - Farbmarke gelb/grün II).

28 (2) Im Schrifttum ist umstritten, ob das Merkmal der graphischen Darstellbarkeit auch für die Schutzfähigkeit von Benutzungsmarken gilt. Zum Teil wird angenommen, bei dem Erfordernis der graphischen Darstellbarkeit handele es sich gemäß Art. 2 der Markenrechtsrichtlinie um ein allgemeines Merkmal der Markenfähigkeit, das auch für die Benutzungsmarke zu gelten habe. Um eine Rechtszersplitterung zu vermeiden, dürften im nationalen Recht keine graphisch nicht darstellbaren Benutzungsmarken anerkannt werden. Es sei Ziel des Markengesetzes, alle Markenrechte einheitlich zu behandeln (vgl. Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 3 Rdn. 201 und § 4 Rdn. 99; Lange, Marken- und Kennzeichenrecht, Rdn. 251 und 350; Ekey in HK-MarkenR, 2. Aufl., § 4 Rdn. 33; Marx, Deutsches, europäisches und internationales Markenrecht, 2. Aufl., Rdn. 145).

29 Nach der Gegenauffassung hat der nationale Gesetzgeber das Merkmal der graphischen Darstellbarkeit bewusst nicht als Kriterium der allgemeinen Markenfähigkeit nach § 3 MarkenG ausgestaltet, sondern es nur als absolutes Schutzhindernis für Registermarken nach § 8 Abs. 1 MarkenG vorgesehen. Aus der Markenrechtsrichtlinie folge nichts Abweichendes, da diese sich nur mit Registermarken befasse. Zeichenformen, denen die graphische Darstellbarkeit fehle, könnten somit als Benutzungsmarke markenfähig sein (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 4 Rdn. 12; Schalk in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, § 4 MarkenG Rdn. 5; Viefhues/Klauer, GRUR Int. 2004, 584, 586; Berlit, GRUR-RR 2007, 97, 99; Psczolla, MarkenR 2007, 193, 196).

30 (3) Die Bedeutung des Erfordernisses der graphischen Darstellbarkeit liegt darin, im Eintragungsverfahren der Beurteilung der Marke eine festgelegte Form zugrunde legen zu können, die Eintragung ins Register überhaupt zu ermöglichen und die Eintragung im Interesse der Allgemeinheit zur Unterrichtung über die in Kraft stehenden Marken und ihren Schutzbereich zu veröffentlichen (vgl. EuGH, Urt. v. 12.12.2002 - C-273/00, Slg. 2002, I-11737 = GRUR 2003, 145 Tz. 47-51 = WRP 2003, 249 - Sieckmann; EuGH GRUR 2004, 858 Tz. 26-30 - Heidelberger Bauchemie; BGHZ 169, 175 Tz. 13 - Tastmarke). Dieser an der Registereintragung anknüpfende Zweck scheidet bei Marken kraft Verkehrsgeltung von vornherein aus. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf des Markengesetzes wurde das Merkmal der graphischen Darstellbarkeit nach Art. 2 MarkenRL in die Bestimmung des § 8 Abs. 1 MarkenG aufgenommen, weil es nur für eingetragene oder angemeldete Marken gelten sollte (vgl. BT-Drucks. 12/6581, S. 70). Auf Benutzungsmarken ist die Bestimmung des § 8 Abs. 1 MarkenG somit nicht anwendbar. Der Schutz einer Benutzungsmarke richtet sich vielmehr nach der konkreten Gestaltung, wie sie dem Publikum entgegentritt. Das verhilft der Revision jedoch nicht zum Erfolg.

31 bb) Für die Marke kraft Verkehrsgeltung i.S. von § 4 Nr. 2 MarkenG gilt das Gebot der Bestimmtheit. Der Kläger, der im Verletzungsprozess Rechte aus einer Benutzungsmarke geltend macht, muss - ebenso wie der Anmelder einer Registermarke - die beanspruchte Marke eindeutig bestimmen (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 4 Rdn. 3). Die Verkehrsgeltung muss sich deshalb auf ein konkretes Zeichen und nicht auf abstrakte Einzelmerkmale beziehen (vgl. OLG Frankfurt GRUR 2000, 1063, 1066; Ingerl/Rohnke aaO § 4 Rdn. 13). Das schließt es zwar nicht aus, dass eine einzelne Farbe ohne räumliche Begrenzung die Voraussetzungen der Benutzungsmarke nach § 4 Nr. 2 MarkenG erfüllen kann (vgl. BGHZ 156, 126, 135 - Farbmarkenverletzung I).

Davon kann aber nicht in gleicher Weise ausgegangen werden, wenn Schutz für Farbkombinationen in beliebiger Variation beansprucht wird, selbst wenn eine der Farben als Grundfarbe überwiegt.

32 (1) Auch bei Benutzungsmarken muss das Zeichen deshalb klar und eindeutig bestimmt sein. Weisen verschiedene Varianten einer Aufmachung gemeinsame Merkmale auf, z.B. in Gestalt einer bestimmten Farbkombination, müssen diese genau definiert werden. Der Verkehr, auf dessen Verständnis es für die Beurteilung der Gestaltung des Zeichens und seiner Verkehrsgeltung ankommt (vgl. BGH, Urt. v. 26.6.2008 - I ZR 190/05, GRUR 2008, 917 Tz. 38 = WRP 2008, 1319 - EROS), hat keinen Anlass, Merkmale weiter zu abstrahieren als sie ihm tatsächlich begegnen. Soweit älteren Entscheidungen des Senats zum Ausstattungsschutz nach § 25 WZG etwas anderes zu entnehmen sein sollte (vgl. BGH GRUR 1968, 371, 374 - Maggi; GRUR 1982, 672, 674 - Aufmachung von Qualitätsseifen), lässt sich dies auf den Schutz von Marken kraft Verkehrsgeltung i.S. von § 4 Nr. 2 MarkenG nicht übertragen.

33 Die Klägerin muss danach bei einer als Benutzungsmarke beanspruchten Farbkombination konkrete Angaben zur systematischen Anordnung (z.B. zur Grundfarbe und zur Schriftfarbe) und zum flächenmäßigen Verhältnis der Farben bei der beanspruchten Benutzungsmarke machen. Es reicht nicht aus, zwei Farben zu benennen, die in jeder beliebigen Anordnung und Kombination auch mit anderen Farben Verwendung finden können.

34 (2) Diesen Anforderungen an die Bestimmtheit der Marke genügt die von der Klägerin beanspruchte Farbmarke Gelb/Schwarz nicht.

35 Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Klägerin für die von ihr beanspruchte Benutzungsmarke keine systematische Anordnung der Farben

Gelb und Schwarz bestimmt hat. Die Klägerin hat keine Angaben dazu gemacht, aus denen sich eine konkrete Verbindung der beanspruchten Farben, ein Muster oder ein exaktes Flächenverhältnis ergibt und ob eine der Farben nur Grundfarbe ist und die andere Farbe nur für Schriftelemente oder andere graphische oder funktionelle Elemente verwendet wird. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts besteht die einzige von der Klägerin vorgenommene Einschränkung darin, dass der gelbe Farbton den schwarzen Farbanteil überwiegt. Dies reicht nicht aus, um die danach verbleibende unübersehbare Vielfalt denkbarer Gestaltungsmöglichkeiten zu begrenzen und die von der Klägerin beanspruchte Benutzungsmarke hinreichend zu bestimmen.

36 Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden. Die Frage, ob die Klägerin eine Marke kraft Verkehrsgeltung ohne systematische Anordnung der Farben Gelb und Schwarz beanspruchen kann, ist eine Rechtsfrage. Der Klägerin ist auch nicht durch Zurückweisung der Sache an das Berufungsgericht Gelegenheit zu geben, die Angabe einer konkreten Farbkombination nachzuholen. Zwischen den Parteien war bereits in der Berufungsinstanz umstritten, ob die Klägerin Schutz für eine konturlose Farbkombination als Benutzungsmarke beanspruchen kann, ohne dass die Klägerin eine bestimmte Farbkombination bezeichnet hat.

37 d) Ansprüche auf Auskunftserteilung und Schadensersatz sind ebenfalls nicht gegeben, weil die Beklagte kein der Klägerin zustehendes Markenrecht verletzt hat.

38 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Bergmann Büscher Schaffert

Kirchhoff Koch

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 03.02.2006 - 81 O 100/05 -
OLG Köln, Entscheidung vom 13.10.2006 - 6 U 59/06 -