

# TE OGH 2020/10/20 4Ob101/20m

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.10.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. Dr. Brenn, Hon.-Prof. PD Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Markenrechtssache der Antragstellerin O\*\*\*\*\* GmbH & Co. \*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\*, Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien, wegen Eintragung einer Farbmarke, über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 6. Mai 2020, GZ 33 R 13/20d-3, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der außerordentliche Revisionsrekurs wird mangels der Voraussetzungen des § 62 Abs 1 AußStrG zurückgewiesen.

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

- [1] 1. Der geltend gemachte Verfahrensmangel wurde vom Obersten Gerichtshof geprüft; er liegt nicht vor.
- [2] Welchen Sachverhalt das Rekursgericht der rechtlichen Beurteilung unterzog, geht aus dessen Beschluss, anders als der Revisionsrekurs vermeint, eindeutig hervor.
- [3] Soweit sich der Vorwurf auf das erstinstanzliche Verfahren bezieht, ist ein vom Rekursgericht verneinter Mangel des außerstreitigen Verfahrens erster Instanz kein Revisionsrekursgrund (RIS-Justiz RS0050037, RS0030748, RS0007232; RS0043919; vgl RS0042963).
- [4] 2. Die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Gerichte zur Schutzfähigkeit von konturlosen Farbmarken lassen sich wie folgt zusammenfassen (vgl bereits Oberster Patent- und MarkensenatOBm 2/10, Rohrendenschutz):
  - [5] 2.1. Eine Farbe als solche kann für bestimmte Waren oder Dienstleistungen Unterscheidungskraft haben, sofern sie Gegenstand einer grafischen Darstellung sein kann, die klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv ist. Die Bezeichnung der Farbe nach einem international anerkannten Kennzeichnungscode (wie auch hier) erfüllt diese Voraussetzung (EuGH C-104/01, Libertel, Rn 29, 37).
  - [6] 2.2. Die Zahl der Farben, die das allgemeine Publikum unterscheiden kann, ist niedrig, weil sich ihm selten die Gelegenheit zum unmittelbaren Vergleich von Waren mit unterschiedlichen Farbtönen bietet. Die geringe Zahl der für das Publikum unterscheidbaren Farben führt zu einer Verringerung der tatsächlich verfügbaren Farben mit der Folge,

dass mit wenigen Eintragungen von Marken für bestimmte Dienstleistungen oder Waren der ganze Bestand an verfügbaren Farben erschöpft werden könnte. Ein derartiges Monopol wäre mit dem System eines unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar. Die Verfügbarkeit der Farbe soll für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt werden (EuGH C-104/01, Libertel, Rn 47, 54 f; 17 Ob 2/08f; VwGH 2006/04/0178).

[7] Farben kommt generell eine geringe Kennzeichnungseignung zu (4 Ob 37/94; 4 Ob 126/01k). Sie können zwar bestimmte gedankliche Verbindungen vermitteln und Gefühle hervorrufen. Sie sind aber ihrer Natur nach kaum geeignet, eindeutige Informationen zu übermitteln. Das gilt umso mehr, weil sie in der Werbung und bei der Vermarktung von Waren und Dienstleistungen wegen ihrer Anziehungskraft gewöhnlich in großem Umfang ohne eindeutigen Inhalt verwendet werden (EuGH C-104/01, Libertel, Rn 40 f, 65-67; C-49/02, Heidelberger Bauchemie).

[8] Von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, kommt Farben nicht von vornherein Unterscheidungskraft zu (EuGH C-49/02, Heidelberger Bauchemie, Rn 39). Ein allgemeiner Grundsatz, dass Farben als solche nie geeignet sein können, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmer zu unterscheiden, besteht allerdings nicht; eine Farbe als solche unabhängig von ihrer Benutzung wäre etwa bei einem sehr unüblichen Farbton (vgl 4 Ob 37/94) oder bei einem sehr spezifischen Markt und einer sehr beschränkten Zahl der Waren oder Dienstleistungen unterscheidungskräftig (EuGH C-104/01, Libertel, Rn 41, 66 f; C-447/02 P, KWS Saat, Rn 79; vgl 17 Ob 2/08f).

[9] 2.3. Selbst wenn einer Farbe als solcher nicht von vornherein Unterscheidungskraft zukommt, kann sie diese in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet wird, infolge ihrer Benutzung erwerben (EuGH C-49/02, Heidelberger Bauchemie, Rn 39). Eine solche Unterscheidungskraft kann insbesondere nach einem normalen Prozess der Gewöhnung der beteiligten Verkehrskreise eintreten. In diesem Fall sind sämtliche Gesichtspunkte zu prüfen, die zeigen können, dass sich eine Marke herausgebildet hat, die die betreffende Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnen und diese Ware damit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheiden kann (EuGH C-104/01, Libertel, Rn 67).

[10] Dabei ist die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft aber nicht grundsätzlich von der originären verschieden (vgl schon EuGH C-108/97, Chiemsee, Rn 44, und C-353/03, Nestlé/Mars, Rn 25). Entscheidend ist in beiden Fällen, ob die Marke geeignet ist, die damit bezeichnete Ware oder Dienstleistung einem bestimmten Unternehmen zuzuordnen (C-108/97, Chiemsee, Rn 46; ebenso etwa EuGH C-299/99, Philips/Remington, Rn 61, oder C-353/03, Nestlé/Mars, Rn 30). Ist das Zeichen als solches nicht unterscheidungskräftig, muss seine Benutzung dazu geführt haben, dass die beteiligten Verkehrskreise oder zumindest ein erheblicher Teil dieser Kreise die Ware oder Dienstleistung durch das Zeichen als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen (4 Ob 38/06a).

[11] 2.4. Ob eine Marke infolge Benutzung Unterscheidungskraft erworben hat, ist konkret anhand sämtlicher Gesichtspunkte zu prüfen, die zeigen können, dass die Marke die Eignung erlangt hat, die betreffende Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen. Diese Gesichtspunkte müssen sich auf eine Benutzung der Marke als Marke beziehen, das heißt auf eine Benutzung, die der Identifizierung der Ware oder Dienstleistung durch die beteiligten Verkehrskreise als von einem bestimmten Unternehmen stammend dient. Im Rahmen dieser Prüfung können insbesondere der Marktanteil der betreffenden Marke, die Intensität, geografische Verbreitung und Dauer ihrer Benutzung, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke, der Anteil der beteiligten Verkehrskreise, der die Ware oder Dienstleistung aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt, sowie Erklärungen von Industrie- und Handelskammern oder anderen Berufsverbänden berücksichtigt werden. Ergibt sich aufgrund dieser Gesichtspunkte, dass die beteiligten Verkehrskreise oder zumindest ein erheblicher Teil von ihnen die Ware oder Dienstleistung aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen, ist daraus der Schluss zu ziehen, dass die Marke nicht von der Eintragung ausgeschlossen ist. Ob die Unterscheidungskraft durch Benutzung als erfüllt anzusehen ist, kann daher nicht nur anhand von generellen und abstrakten Angaben, wie zB bestimmten Prozentsätzen, festgestellt werden (EuGH

C-217/13 und C-218/13, Oberbank, Rn 40-42, 44 mwN).

[12] 2.5. Dass der EuGH die Angabe „abstrakter“ Prozentsätze verweigerte, spricht nicht dagegen, die Entscheidung über die durch Benutzung erworbene Unterscheidungskraft (

Verkehrsgeltung, Verkehrs durchsetzung) aufgrund des mit einer Umfrage ermittelten Kennzeichnungsgrades des strittigen Zeichens zu treffen. Es kann nur nicht von vornherein gesagt werden, dass ab einem bestimmten Kennzeichnungsgrad immer Unterscheidungskraft anzunehmen wäre. Vielmehr hängt das im Einzelfall (vgl

RS0111880) davon ab, wie stark die originäre Unterscheidungskraft des Zeichens ausgeprägt ist. Je stärker der bloß beschreibende Charakter ist, umso höher müsste der durch Benutzung erworbene Kennzeichnungsgrad sein (vgl 4 Ob 38/06a = RS0120911; 4 Ob 203/17g); je größer das Freihaltebedürfnis und je geringer die Kennzeichnungskraft, desto höher muss die Verkehrsgeltung sein, um einen Schutz zu rechtfertigen (4 Ob 126/01k; 17 Ob 2/08f; RS0078229 [T6, T7]).

[13] 2.6. Die Unterscheidungskraft einer Marke, ob sie nun originär vorhanden ist oder durch Benutzung erworben wurde, muss in Bezug auf die Waren oder Dienstleistungen, für die die Marke angemeldet wurde, und in Bezug auf die mutmaßliche Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise, das heißt der normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der in Rede stehenden Kategorie von Waren oder Dienstleistungen, beurteilt werden (EuGH

C-217/13 und C-218/13, Oberbank, Rn 39 mwN). „Beteiligte Verkehrskreise“ sind somit alle Personen, die als Erwerber der Ware in Betracht kommen, also Handel und/oder der normal informierte und angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher dieser Waren oder Dienstleistungen (4 Ob 46/18w, 4 Ob 49/14f, je mwN; vgl RS0079038).

[14] 2.7. Ein Zeichen besitzt Verkehrsgeltung, wenn es in den beteiligten Verkehrskreisen als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen oder dessen Waren oder Dienstleistungen angesehen wird; maßgeblich ist, dass die beteiligten Verkehrskreise an ein und dasselbe Unternehmen bzw die Herkunft der Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen denken, wenn sie mit dem Zeichen konfrontiert werden (RS0078751 [insbes T7]). Der Bekanntheitsgrad eines Zeichens – also die Angabe, wie weit die beteiligten Verkehrskreise das Zeichen überhaupt kennen – sagt über seine Verkehrsgeltung noch nichts aus. Entscheidend ist vielmehr in erster Linie der Kennzeichnungsgrad; er gibt an, wie weit das Zeichen innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen, eine bestimmte Ware oder Leistung angesehen wird. Das Unternehmen selbst muss dabei nicht bekannt sein; es genügt, wenn an die Waren oder Leistungen des Zeichenträgers, nicht aber an diesen selbst, gedacht wird. Der Zuordnungsgrad – also die Angabe, wie weit das Unternehmen, mit dem das Zeichen in Zusammenhang gebracht wird, namentlich bekannt ist – ist keine notwendige Voraussetzung für die Verkehrsgeltung; nach ihm muss nur dann gefragt werden, wenn die Frage nach dem entsprechenden Kennzeichnungsgrad zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt hat (RS0078788; RS0079181). Dass es auf den Kennzeichnungsgrad und nicht (primär) auf den „Zuordnungsgrad“ ankommt, bedeutet, dass der Name des Zeichenträgers nicht bekannt sein muss (4 Ob 38/06a mwN).

[15] 3. Das Rekursgericht bestätigte mangels Unterscheidungskraft und mangels Verkehrsgeltung der Farbmarke den Beschluss der Rechtsabteilung des Patentamts, mit dem dieses die Eintragung der Farbmarke RAL 2008 Orange ██████████ in das Markenregister für Dienstleistungen der Klasse 35 (Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln, hilfsweise Einzelhandelsdienstleistungen von Baumärkten) versagte.

[16] 4. Der außerordentliche Revisionsrechtskurs der Antragstellerin, mit dem sie weiterhin die Registrierung der Farbmarke anstrebt, zeigt keine erheblichen, über die Bedeutung des Einzelfalls hinausgehenden Rechtsfragen iSd § 62 Abs 1 AußStrG auf.

[17] 4.1. Die Antragstellerin macht ausdrücklich geltend, dass ihr Begehr auf durch Benutzung erworbene (und nicht auf originäre) Unterscheidungskraft gestützt werde, und führt dazu ins Treffen, die Annahme eines Freihaltebedürfnisses sei deshalb unzutreffend.

[18] Dass die originäre Unterscheidungskraft nicht grundsätzlich von der durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft verschieden ist und es bei beiden darum geht, ob die Marke eine hinreichende Zuordnung zum Unternehmen herstellen kann, entspricht aber der Rechtsprechung des EuGH (vgl oben Pkt 2.3.); damit besteht ein Zusammenhang zwischen originärer Unterscheidungskraft des Zeichens und dem durch Benutzung erworbenen Kennzeichnungsgrad, welcher umso höher sein muss, je geringer die originäre Kennzeichnungskraft ist (vgl oben

Pkt 2.5.). Dass die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt werden darf, ergibt sich aus der für die Farbmarkeneintragung ganz grundsätzlichen Überlegung, dass angesichts der geringen Zahl der tatsächlich verfügbaren Farben mit wenigen Eintragungen als Marken für bestimmte Dienstleistungen oder Waren der ganze Bestand an verfügbaren Farben erschöpft werden könnte, und ein derart weites Monopol mit dem System eines unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar wäre, insbesondere weil es einem einzelnen Wirtschaftsteilnehmer einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte (EuGH C-104/01, Libertel, Rn 54 ff). Diese Überlegungen zum Allgemeininteresse, die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt zu beschränken, treffen aber auch auf Marken mit durch Benützung erworbener Unterscheidungskraft zu (vgl EuGH C-104/01, Libertel, Rn 71, 67). Die im Revisionsrekurs angesprochene Aussage des EuGH C-108/97, Chiemsee, Rn 48, bezieht sich jedoch einerseits auf Marken, die geographische Bezeichnungen enthalten, die mit Farbmarken nicht zu vergleichen sind; zudem kann im Hinblick auf den spezifischen Charakter und die Bekanntheit einer geographischen Bezeichnung auch diese nur dann Unterscheidungskraft iSd Art 3 Abs 3 RL 89/104/EWG erlangen, wenn eine offenkundig besonders langfristige und intensive Benutzung der Marke nachgewiesen wird (EuGH C-108/97, Chiemsee, Rn 50).

[19] 4.2. Letztlich kann diese Differenzierung hier aber ebenso wie die semantische Frage, ob „erheblicher“ Teil der beteiligten Verkehrskreise im Sinne von „nicht unbeträchtlicher“ Teil zu verstehen sei, auf sich beruhen. Das Rekursgericht ist von einem Marktanteil der im Bau- und Heimwerkerbedarfshandel tätigen Antragstellerin von 14,9 % sowie von einem Kennzeichnungsgrad der betreffenden Farbe von 41,6 % und einem Zuordnungsgrad von 38,6 % in Bezug auf Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln (Hauptantrag) bzw einem Kennzeichnungsgrad von 48,2 % und einem Zuordnungsgrad von 42,2 % in Bezug auf Einzelhandelsdienstleistungen von Baumärkten (Eventualantrag) ausgegangen. Im Hinblick darauf, dass die Farbe Orange beliebt sei und auch von Mitbewerbern verwendet werde, genüge ein derartiger Kennzeichnungsgrad im Lichte der Vorjudikatur des Obersten Gerichtshofs (wo Zuordnungsgrade von 85 % bis 90 % als ausreichend [4 Ob 335/73, 4 Ob 28/97i], solche von 65 %, von wenig mehr als 50 % bzw von 34 % jedoch als nicht ausreichend qualifiziert worden sind [4 Ob 126/01k, 17 Ob 2/08f, 4 Ob 203/17g]) nicht, um Verkehrsgeltung für die Farbe annehmen zu können.

[20] Diese Beurteilung hält sich im Rahmen der Vorjudikatur und des den Gerichten im Einzelfall zukommenden Beurteilungsspielraums: Bei einem Kennzeichnungsgrad von unter 50 % ist die Verneinung erworbener Verkehrsgeltung im Hinblick auf die nicht erkennbare originäre Unterscheidungskraft des Zeichens und unter Einbeziehung eines Marktanteils von unter 15 % nicht korrekturbedürftig (vgl 4 Ob 203/17g).

[21] 4.3. Dass die häufige Verwendung der Farbe Orange durch Mitbewerber keine Grundlage in den Feststellungen habe, ist schon angesichts der Konstatierungen etwa zur „dominanter“ Verwendung der Farbe Orange im Auftritt des Mitbewerbers H\*\*\*\*\* nicht nachvollziehbar.

[22] 4.4. Rechtliche Feststellungsmängel zu über den Kennzeichnungs- bzw Zuordnungsgrad hinausgehenden Kriterien der Verkehrsgeltung liegen angesichts des geringen Kennzeichnungsgrades sowie der Feststellungen zum Auftritt der Mitbewerber nicht vor.

[23] 5. Einer weiteren Begründung bedarf dieser Beschluss nicht (§ 71 Abs 3 AußStrG).

## **Schlagworte**

Farbmarke Orange,

## **Textnummer**

E129745

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2020:0040OB00101.20M.1020.000

## **Im RIS seit**

19.11.2020

## **Zuletzt aktualisiert am**

10.05.2021

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)