jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2020/5/6 33R13/20d

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 06.05.2020

Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht ***** wegen Eintragung der abstrakten Farbmarke RAL 2008 Orange über den Rekurs der Antragstellerin gegen den Beschluss der Rechtsabteilung des Patentamts vom 30.10.2019, AM 1197/2016-13, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

Begründung

Text

Die Antragstellerin beantragte am 20.7.2016 die Eintragung der Farbmarke RAL 2008 Orange

für die Dienstleistungsklasse

35 Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln.

Mit Schriftsatz vom 8.7.2019 beantragte die Antragstellerin in eventu die Eintragung der Farbmarke für die Dienstleistungsklasse

35 Einzelhandelsdienstleistungen von Baumärkten.

Zum Registrierungsantrag brachte die Antragstellerin vor, die Farbe Orange im Farbton RAL 2008 sei seit der Gründung 1970 ihre berühmte Farb- und Hausmarke (und der gesamten O*****-Unternehmensgruppe). Der gesamte Marktauftritt sei seither von dieser Farbe geprägt. Seit dem Markteintritt in Österreich 1995 sei diese Marketingstrategie innerhalb Österreichs fortgeführt worden. Diese umfassende Kennzeichnung ihres Geschäftsauftritts und aller ihrer Konzerngesellschaften und Auslandstöchter beziehe sich auf alle Marketing-, Promotion- und Verkaufsförderungsbereiche sowie auf den gesamten Auftritt der Einzelhandelskette. Bereits wenn

man in die Nähe eines Geschäfts komme, sei es schon von weitem an seiner prägnanten orangen Farbe zu erkennen. Auch die Auslagen und die Geschäftsräumlichkeiten seien in dieser Farbe gehalten. Auch jegliche Werbung (Plakate, TV-Spots, Prospekte, Postwurfsendungen etc) erfolge unter Verwendung dieser Farbe.

Es bestehe kein Freihaltebedürfnis für die Farbe Orange im Baumarktsektor. In der Baumarkt-Branche dominiere bei den Logo- und Werbefarben die Farbkombination Rot-Weiß.

Die beiden Unternehmen Baustoffgroßhandel M***** und Baustoffhandel A***** würden zwar diese Farbe auch benutzen, was jedoch darin begründet sei, dass diese Franchisenehmer der österreichischen Konzerntochter der Antragstellerin, der O***** GmbH [Antragstellerin], seien. Diese beiden Unternehmen seien aufgrund des Franchisevertrags verpflichtet, diese Farbe im Innen- und Außenbereich ihrer Geschäfte sowie im Rahmen ihrer Werbung zu verwenden. Dieser vertraglich übernommenen Verpflichtung kämen diese beiden Unternehmen auch nach, sodass insoweit kein Marktbedürfnis bestehe.

Die H***** verwende einen dem beanspruchten Zeichen ähnlichen Farbton, aber weder prominent noch exklusiv, sondern vornehmlich gemeinsam mit den weiteren Farben Magenta, Weiß und Schwarz. Die Farbe Orange diene nur als Hintergrundfarbe für die Farbe Magenta. Die H***** GmbH verfolge damit eine andere „Farb-Strategie".

Die angemeldete Farbmarke habe die erforderliche Verkehrsdurchsetzung erlangt. 63,7 % der 1515 befragten Personen hätten auf die Frage, ob ihnen die vorgelegt Farbe im Zusammenhang mit Baumärkten bekannt vorkomme, mit „kommt mir bekannt vor" beantwortet. Von diesen 63,7 % hätten 50,1 % spontan O***** [Antragstellerin] genannt.

Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Patentamt den Haupt- und Eventualantrag ab. Es ging zusammengefasst von nachstehenden Tatsachen (Entscheidung vom 30.10.2019 und Amtsschreiben vom 30.4.2019) aus:

Die Farbe Orange wird von der Antragstellerin im Rahmen eines einheitlichen Designs verwendet. Teilweise erscheint die Farbe nur als dekoratives oder die Aufmerksamkeit erregendes Element, teilweise wird die Farbe als Unternehmenshinweis verstanden.

Die Farbe Orange wird von der Antragstellerin als Hintergrundfarbe für Werbematerial (Plakate, Prospekte, Anzeigen, Postwurfsendungen) verwendet. Plakate wurden in Wien, Linz, Graz und Klagenfurt eingesetzt. Die Fassaden der von der Antragstellerin betriebenen Baumärkte sind in oranger Farbe gestaltet. Das in oranger Farbe auf weißem Hintergrund verwendete „O*****-Logo" findet sich auf den Werbematerialien, den Fassaden und den Schildern der Baumärkte sowie den Fahnen. Die Antragstellerin verwendet den Schriftzug O***** # und Werbeslogans zusammen mit der Farbe Orange.

A***** und die M***** sind seit 1995 Franchisenehmer der Antragstellerin. Die Farbe Orange wird entsprechend den Vorgaben des Franchisevertrags im Innen- und Außenbereich ihrer Geschäfte sowie in der Werbung und in der Sortimentspräsentation verwendet, wobei sich der Farbton in den Logos findet. Die Logos werden entweder alleine oder in Kombination mit dem orangen O*****-Logo verwendet. Auch Fahrzeuge, wie Lieferwägen und Gabelstapler, sowie die Bekleidung der Bediensteten in den Filialen weisen orange gestaltete Elemente auf.

Die Website der Antragstellerin weist die Farbe Orange als Gestaltungsmittel auf, nämlich als orangen Balken im oberen Bereich über der „Menüzeile" und als Hintergrundfarbe für bestimmte Elemente sowie als Schriftfarbe für Überschriften oder Kategorien. Der Wortlaut O***** scheint zwar in der Adressleiste auf und kommt im Fließtext und in Überschriften vor, ist jedoch in den vorgelegten Ausdrucken nicht mit dem orangen Balken auf der Website verbunden und befindet sich auch nicht als Logo unmittelbar daneben.

Auf vergleichbare Weise wird die Farbe auch auf den Webseiten der beiden Franchisenehmer (M***** und A*****) verwendet.

H***** verwendet die Farbe Orange zusammen mit anderen Farb- und Schriftelementen und in seinen Marken. Auch wenn die Farbe Orange in den Marken nicht alleine verwendet wird, nimmt sie doch den überwiegenden Teil ein. Ein kleinerer Teil der Marke wird in der Farbe Magenta und Gelb gehalten. Der sehr helle gelbe Farbton ist wenig auffällig und prägt im Vergleich zum kräftigen Orangeton den Gesamteindruck der Marke kaum. Die Fassade des Baumarkts ist überwiegend in Orange gehalten, wobei aber auch die Farbe Magenta eingesetzt ist. Orange wird auch als Hintergrund der Werbeplakate verwendet. Die Farbe Orange ist im Marktauftritt von H***** dominant.

„B*****“ verwendet zum einen ein in roter Farbe gestaltetes Logo und zum anderen verschiedene rote Elemente auf der Website. Die Mitarbeiter tragen rote Westen und die Flugblätter weisen einen roten Balken auf der Titelseite auf.

Das gelbe „Z*****“-Logo und die Flugblätter dieses Unternehmens zeigen neben ihrem Logo auch die Farbe Gelb als Hintergrundfarbe und Gestaltungsfarbe für bestimmte, hervorgehobene Elemente.

Ein Marktauftritt nur durch eine Farbe ohne andere Elemente ist in der vorliegenden Branche unüblich.

Die ähnlichen Farben Rot, Magenta und Orange (warme, kräftige Farbtöne und Signalfarben) sind häufig nicht leicht voneinander zu unterscheiden oder werden im Gedächtnis der Konsumenten als dieselbe Farbe abgespeichert. So werden zur Frage der Assoziation der Farbe Orange mit einem oder mehreren Unternehmen neben O*****, H***** und A*****, die sich in ihren Auftritten (vorrangig) der orangen Farbe bedienen, auch B*****, Ha***** und B***** genannt, deren Logos jedoch vorrangig in roter Farbe gehalten sind.

Die Antragstellerin hatte 2014 einen Marktanteil von 14,9 %; sie betrieb im Jahr 2015 an 80 Standorten in Österreich Baumarktfilialen.

Zur Verkehrsdurchsetzung stellte das Patentamt fest:

-

78,2 % von 1.140 befragten Baumarktkäufern (= 891,5 Personen) gaben an, die Farbe in Zusammenhang mit Dienstleistungen des Einzelhandels im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikeln zu kennen. Bezogen auf alle befragten Personen (1.505) 58 % [richtig 59 %].

-

67,2 % (oder 631) von 939 befragten Baumarktkäufern assoziierten die Farbe mit einem bestimmten Unternehmen. Das sind hochgerechnet auf alle 1.505 befragten Personen 41,6 %.

-

Von diesen (aufgerundet) 632 Personen nannten 92,5 % O*****. Das sind 584,6 Personen und somit 38,6 % von 1.505 Personen.

-

Insgesamt 5,4 % gaben namentlich andere Unternehmen an [...].

-

965 der 1515 (= 63,7 %) befragten Personen gaben an, dass ihnen die Farbe Orange im Zusammenhang mit Baumärkten bekannt vorkam.

-

731 der 965 (= 75,8 %) jener Befragten, welchen die Farbe Orange im Zusammenhang mit Baumärkten bekannt vorkam, gaben an, dass sie die Farbe Orange als Hinweis auf ein ganz bestimmtes Unternehmen sahen. Hochgerechnet auf alle befragten Personen sind das 48,2 % (Kennzeichnungsgrad).

-

639 von 731 (= 87,5 %) der Befragten, die die Farbe Orange als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen sahen, nannten „O*****“. Auf alle befragten Personen hochgerechnet ergibt das einen Zuordnungsgrad von 42,2 %.

-

14,6 % von 965 Befragten assoziierten mit der Farbe Orange nicht nur einen, sondern mehrere Anbieter. Hochgerechnet auf alle befragten Personen ergibt das 9,2 %.

-

10,9 % der 731 Befragten (das sind 5,2 % aller 1515 Befragten) ordneten den Mitkonkurrenten der Antragstellerin die Farbe Orange zu. 6,2 % der 731 Befragten ordneten die Farbe Orange H***** zu.

Das Rekursgericht stellt noch ergänzend fest (RIS-JustizRS0121557 [T3]), dass die Antragstellerin im Verkaufsprospekt ./K als Hintergrundfarbton die Farbe Orange verwendet, Informationen im Prospekt wie beispielsweise „SAL€“,

„Seitenweise tolle Preise jetzt zugreifen!“ oder „Sie sparen 40 %“ sind jedoch mit roter Farbe und die Preisinformationen in gelber Farbe unterlegt.

Rechtlich folgerte das Patentamt, dass ein Zuordnungsgrad von 42,2 % zur Antragstellerin nicht auf eine ausreichende Verkehrsgeltung des angemeldeten Zeichens für die beantragten Dienstleistungen schließen lasse. Zudem bestehe im Baumarktsektor ein großes Freihaltebedürfnis.

Rechtliche Beurteilung

Der gegen diesen Beschluss aus den Rekursgründen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung einschließlich sekundärer Feststellungsmängel erhobene und auf Eintragung des angemeldeten Zeichens gerichtete Rekurs ist nicht berechtigt.

1.1. Die Rekursgründe müssen zwar nicht benannt, aber individualisiert und spezialisiert werden (RIS-Justiz RS0043953).

1.2. Die Antragstellerin bemängelt im Rahmen der von ihr erhobenen Rechtsrüge, dass das Patentamt in der angefochtenen Entscheidung auf ein vor der Entscheidung des OLG Wien vom 21.11.2018 (133 R 99/18h) ergangenes Amtsschreiben verwiesen habe. In der aufhebenden Entscheidung sei festgehalten, dass die Entscheidung nicht überprüfbar sei, weil offen sei, von welchem Sachverhalt das Patentamt ausgegangen sei. Die rechtliche Beurteilung sei daher in diesem Punkt nicht nachvollziehbar.

Der Verweis auf das Amtsschreiben findet sich in der angefochtenen Entscheidung des Patentamts im Einleitungssatz der Begründung. Das Patentamt begründet aber auf den nachfolgenden sieben Seiten ausreichend, sodass sie sich überprüfen lässt. Der behauptete „Nichtigkeitsgrund“ der mangelnden Begründung iSd § 477 Abs 1 Z 9 ZPO, der im Wesentlichen § 57 Z 1 AußStrG entspricht (RIS-Justiz RS0121710), wäre nur dann gegeben, wenn die Entscheidung gar nicht oder so unzureichend begründet ist, dass sie sich nicht überprüfen lässt (7 Ob 213/18a; RIS-Justiz RS0007484). Dies ist vorliegend aber nicht der Fall.

1.3. Die Antragstellerin rügt weiters, dass das Patentamt sämtliche Ausführungen und Beweise in der Äußerung vom 8.7.2019 ignoriert habe und begehrt deshalb die „Aufhebung des Beschlusses“. Das Patentamt habe sich mit den Ausführungen zur Unterscheidbarkeit der Farben Gelb, Orange, Rot und Magenta in keiner Weise argumentativ auseinander gesetzt. Das Patentamt habe sich mit der immer gleichen Behauptung geäußert, wonach der Durchschnittsverbraucher Signalfarben wie Rot, Orange, Gelb und Magenta unterscheiden könne, wenn sie ihm unmittelbar zum Vergleich vorlägen und der Durchschnittsverbraucher die im Marktauftritt der Mitbewerber einer Branche verwendeten Farben üblicherweise nicht „analytisch“ miteinander vergleiche. Die Antragstellerin setzt diesen Konstatierungen des Patentamts die erstmals im Rekursverfahren vorgebrachten detaillierten Ausführungen der Harald Küppers Farbenlehre entgegen. Mit diesen Ausführungen konnte sich das Patentamt naturgemäß nicht auseinandersetzen.

Soweit die Antragstellerin sich auf eine mangelhafte Begründung dieser Feststellung stützt, liegt diese nicht vor, weil das Patentamt die Feststellung mit den Ergebnissen aus dem demoskopische Gutachten (./S) und den beweiswürdigenden Schlüssen, die es daraus zieht, nachvollziehbar darlegt. Damit liegt aber kein Begründungsmangel vor.

Soweit sich in den Ausführungen der Antragstellerin eine Tatsachenrüge erblicken lässt und die Antragstellerin unter Bezugnahme auf § 139 Z 3 PatG neue Urkunden vorlegt und dazu zusammengefasst vorbringt, dass ausgehend von der Küpperschen Farbenlehre die menschliche Wahrnehmung acht extreme Farbempfindungen unterscheiden könne, nämlich ua Orangerot (= Rot), Magentarot (= Magenta) und Gelb, und Farben die zwischen zwei „extremen Farbempfindung“ lägen, wie die Farbe Orange, ebenfalls deutlich unterscheidbar seien, mag es grundsätzlich richtig sein, dass der Durchschnittsverbraucher in der Lage ist, diese Farben sozusagen „in Gedanken“ zu unterscheiden. Dieser Umstand ist aber im vorliegenden Fall irrelevant, weil es keinen Rückschluss auf die hier interessierende Frage zulässt, ob der Durchschnittsverbraucher in der Lage ist, die von der Antragstellerin beanspruchten Dienstleistungen allein durch die konturlose Farbmarke von Dienstleistungen anderer Mitbewerber zu unterscheiden. Selbst die Antragstellerin geht in ihrem Rekursvortrag davon aus, dass die Befragten „aus welchen Gründen auch immer, sich nicht gemerkt hatten, welche Logofarben bei den genannten Baumärkten dominieren“. Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft eines Zeichens ist auf die Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise abzustellen, im Regelfall

auf den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der Waren und Dienstleistungen (RIS-Justiz RS0079038 [T1]; RIS-Justiz RS0114366 [T5]). In diesem Zusammenhang erscheint die Feststellung des Patentamts nicht korrekturbedürftig.

1.4. Die Antragstellerin rügt, dass das Wort „Topseller" in der Beilage ./W nicht – wie vom Patentamt festgestellt – in Rot, sondern in Magenta gestaltet sei. Der Farbton des Wortes „Topseller" erscheint auf der von der Antragstellerin vorgelegten Urkunde aber nicht in Magenta sondern in einem roten Farbton. Die Feststellung ist daher nicht zu beanstanden.

2.1. Die Antragstellerin vertritt die Ansicht, dass im Rahmen von Farbmarkenanmeldungen das Freihaltebedürfnis nur im Hinblick auf die originäre Unterscheidungskraft einer Marke zu prüfen sei, nicht hingegen bei Anmeldungen, deren Eintragung mittels Nachweises der erworbenen Verkehrsdurchsetzung begehrt wird.

2.2. Vorliegend betrifft die Markenanmeldung die Eintragung einer Farbe als solche, deren Darstellung in einem Farbmuster auf ebener Fläche, einer sprachlichen Beschreibung und einem Kennzeichnungscode besteht.

2.3. Farben können zwar bestimmte gedankliche Verbindungen vermitteln und Gefühle hervorrufen, sind aber ihrer Natur nach kaum geeignet, eindeutige Informationen zu übermitteln. Sie sind dies 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 werden.

Es wäre jedoch nicht gerechtfertigt, aus dieser tatsächlichen Feststellung abzuleiten, dass Farben als solche grundsätzlich nicht als geeignet betrachtet werden können, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass es Situationen gibt, in denen eine Farbe als solche auf die Herkunft der Waren oder der Dienstleistungen eines Unternehmens hinweisen kann.

Die Zahl der Farben, die das Publikum unterscheiden kann, ist niedrig, da sich ihm selten die Gelegenheit zum unmittelbaren Vergleich von Waren mit unterschiedlichen Farbtönen bietet. Folglich ist die Zahl der tatsächlich als potenzielle Marken zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen verfügbaren unterschiedlichen Farben als gering anzusehen.

Was die Eintragung von Farben als solchen ohne räumliche Begrenzung als Marke angeht, so hat die geringe Zahl der tatsächlich verfügbaren Farben zur Folge, dass mit wenigen Eintragungen als Marken für bestimmte Dienstleistungen oder Waren der ganze Bestand an verfügbaren Farben erschöpft werden könnte. Ein derart weites Monopol wäre mit dem System eines unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar, insbesondere weil es einem einzelnen Wirtschaftsteilnehmer einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte. Es wäre auch für die wirtschaftliche Entwicklung und die unternehmerische Initiative nicht förderlich, wenn bereits etablierte Wirtschaftsteilnehmer alle tatsächlich verfügbaren Farben zum Nachteil neuer Wirtschaftsteilnehmer für sich eintragen lassen könnten.

Daher ist im Bereich des gemeinschaftlichen Markenrechts ein Allgemeininteresse anzuerkennen, dass die Verfügbarkeit der Farben für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen der von der Anmeldung erfassten Art anbieten, nicht ungerechtfertigt beschränkt wird.

Die Verbraucher sind es nicht gewöhnt, aus der Farbe von Waren oder ihrer Verpackung ohne grafische oder Wortelemente auf die Herkunft der Waren zu schließen, da eine Farbe als solche nach den derzeitigen Gepflogenheiten des Handels grundsätzlich nicht als Mittel der Identifizierung verwendet wird. Eine Farbe als solche besitzt gewöhnlich nicht die Eigenschaft, die Waren eines bestimmten Unternehmens von anderen zu unterscheiden (C-104/01, Orange).

3.1. Aber 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. Eine solche Unterscheidungskraft kann insbesondere nach einem normalen Prozess der Gewöhnung der beteiligten Verkehrskreise eintreten. In diesem Fall hat die zuständige Behörde 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. (C-104/01, Orange).

3.2. Die Verkehrsgeltung ist anzunehmen, wenn ein nicht unbeträchtlicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise im

Zeichen einen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen erblickt (C-215/14, Kitkat I, Rn 58 ff; s auch C-108/97, Chiemsee, Rn 46; C-299/99, Philips/Remington, Rn 61; C-353/03, Nestlé/Mars, Rn 30; RIS-Justiz RS0078751).

Die Verkehrsgeltung muss dabei sowohl personen- als auch produkt- und/oder dienstleistungsbezogen erlangt sein (RIS-Justiz RS0113084). Sie begründet die Eintragbarkeit nur für denjenigen, zu dessen Gunsten sie erworben wurde, und sie muss für die Waren und/oder Dienstleistungen bestehen, für die die Eintragung der Marke beantragt wird (4 Ob 325/99v, Manpower).

Diese Grundsätze kommen auch bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft von Farbmarken zur Anwendung, bei denen kein strengerer Maßstab anzulegen ist als bei anderen Markenformen (C-447/02 P, Orange, Rn 78; C-217/13 und C-218/13, Sparkassen-Rot, Rn 47).

3.3.1. Ob ein Zeichen Verkehrsgeltung (im Sinne der sekundärrechtlichen Terminologie auch: erworbene Unterscheidungskraft) besitzt, ist daher eine aufgrund der entsprechenden tatsächlichen Grundlagen zu lösende Rechtsfrage (4 Ob 12/05a, Vital Ressort; 17 Ob 29/07z, Interhospitaltransfer Niederösterreich; RIS-Justiz RS0043586).

3.3.2. Farben kommt damit generell eine geringe Kennzeichnungseignung zu (4 Ob 37/94, Zeitrelais; 4 Ob 126/01k, Das blaue Rohr). Farben 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 (C-104/01, Orange, Rn 40 f, 65 bis 67; C-49/02, Heidelberger Bauchemie; BGH I ZB 52/15, Sparkassen-Rot, Rn 14 mwN der Rsp des BGH; Ingerl/Rohnke, MarkenG³ § 8 Rz 180). Der Verbraucher schließt – ohne graphische Darstellung oder Wortelemente – nicht von vornherein von der Farbe einer Ware oder einer Verpackung auf ein bestimmtes Unternehmen (C-104/01, Orange, Rn 27 und 65).

3.3.3. Auch hier muss 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 (C-217/13 und C-218/13, Sparkassen-Rot, Rn 39 mwN der Rsp des EuGH; C-104/01, Orange, Rn 46 und 63; RIS-Justiz RS0079038 [T1]; RIS-Justiz RS0114366 [T5], Asperger in Kucsko/Schumacher, marken.schutz2 § 4 Rz 67 mwN; Ingerl/Rohnke, MarkenG3 § 8 Rz 73).

3.4. Die Marke muss einem bedeutenden Teil des Publikums bekannt sein, wobei allerdings feste Prozentsätze nicht im Sinn einer absoluten Untergrenze maßgeblich sind (RIS-Justiz RS0118988 [zur bekannten Marke]).

An den Nachweis der durch Benutzung erworbenen Unterscheidungskraft sind allerdings umso höhere Anforderungen zu stellen, je höher das Freihaltebedürfnis ist (RIS-Justiz RS0078807).

3.5. Die Üblichkeit oder Unüblichkeit einer Farbe hängt davon ab, ob der Farbton für die konkreten Waren und/oder Dienstleistungen häufig von Wettbewerbern verwendet wird (zB OBm 2/10, Verkehrspurpur; Ingerl/Rohnke, MarkenG³ § 8 Rz 185; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG12 § 8 Rz 340 f).

Das Rekursgericht ist der Auffassung, dass diese Frage im Hinblick auf das Freihaltebedürfnis ebenfalls von entscheidender Bedeutung ist, weil wenn eine Farbe im einzelfallbezogen relevanten Verkehr häufig verwendet wird, sich quasi in Reaktion darauf das allgemeine Freihaltebedürfnis erhöht.

Die Frage, ob ein bestimmtes Zeichen auch sonst Verkehrsgeltung erlangt hat und ob diese auch noch im gegenwärtigen Zeitpunkt aufrecht besteht, oder ob allenfalls eine etwa ursprünglich vorhandene Kennzeichnungskraft im Laufe der Zeit verloren gegangen ist, ist eine Rechtsfrage, die auf Grund der dafür in Betracht kommenden tatsächlichen Grundlagen zu lösen ist (RIS-Justiz RS0043586; RS0043668; zuletzt 4 Ob 77/15z, Amarillo).

3.6. Dem demoskopischen Gutachten kommt vorliegend die größte Bedeutung zu, wenn der Markenschutz für ein Zeichen beansprucht wird, das nicht isoliert, sondern nur in Kombination mit anderen Elementen benutzt worden ist. In einem solchen Fall lassen andere Umstände, die wie Umsätze, Marktanteile und Werbeaufwendungen sonst auf eine Verkehrsgeltung hinweisen könnten, regelmäßig nur darauf schließen, dass allenfalls die konkrete, durch mehrere Merkmale gekennzeichnete Gestaltung durchgesetzt ist (siehe nur BGH I ZB 52/15, Sparkassen-Rot, Rn 32).

3.7. Zu berücksichtigen ist zudem, dass Dienstleistungen „unkörperlich" sind, bei deren Vermarktung und Erbringung regelmäßig Farben eingesetzt werden, die vom Verkehr nur als optische Hervorhebungsmittel, nicht aber als betriebliche Herkunftskennzeichen wahrgenommen und verstanden werden (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering,

MarkenG12 § 8 Rz 338 mwN der Rsp des BGH). Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft einer Farbmarke für Dienstleistungen sind dennoch keine anderen Kriterien anzuwenden als im Fall von Farbmarken für Waren (BGH I ZB 52/15, Sparkassen-Rot, Rn 15, unter Verweis auf C-49/02, Heidelberger Bauchemie, Rn 39).

3.8. In seiner bisherigen Rechtsprechung hat der OGH in Verletzungsstreitigkeiten eine Verkehrsdurchsetzung der Farbkombination Blau-Weiß für Tankstellen einer bestimmten Benzinmarke bei einem Zuordnungsgrad von 85 % aller PKW-Besitzer in Österreich angenommen (4 Ob 335/73, Aral II) und die Verkehrsgeltung eines roten Sonderfarbtons für juristische Fachwerke bei einem Zuordnungsgrad von mehr als 90 % bejaht (4 Ob 28/97i, Manz-Rot).

Für die Farbe Blau mit einem den Farben Blau-Weiß und Rot vergleichbar großem Freihaltebedürfnis bei gleichfalls geringer Kennzeichnungskraft war ein Zuordnungsgrad von 65 % der angesprochenen Verkehrskreise zu einem bestimmten Unternehmen und dessen Produkten im Zusammenhang mit Wasserrohren nicht ausreichend, um eine Verkehrsgeltung zu Gunsten der dortigen Klägerin zu begründen (4 Ob 126/01k, Das blaue Rohr).

Der Zuordnungsgrad der Farbe Rot zu einem einzigen Unternehmen von nur wenig mehr als der Hälfte der Befragten reichte für „Koffer für den Transport und Aufbewahrung von Bohrhämmern für Profis in der Baubranche" ebenfalls nicht aus (17 Ob 2/08f, Roter Koffer).

Auf diese Rechtsprechung kann auch im Eintragungsverfahren zurückgegriffen werden, weil auch hier der Grundsatz gilt, dass Farben nur ausnahmsweise nicht als bloße Gestaltungsmittel, sondern als betriebliche Herkunftshinweise aufgefasst werden (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG12 § 8 Rz 330 mwH).

Im Eintragungsverfahren sah der OGH zuletzt bei einer insoweit in gewissem Ausmaß vergleichbaren, weil zweifarbigen Bildmarke einen Kennzeichnungsgrad von 34 % im Hinblick auf die geringe originäre Unterscheidungskraft des Zeichens unter Einbeziehung eines Marktanteils für die gekennzeichneten Produkte von 11 % als nicht ausreichend an (4 Ob 203/17g, Waffelverpackung).

Der BGH nimmt in ständiger Rechtsprechung bei einem Durchsetzungsgrad von mehr als 50 % (ebenso wie im Fall einer dreidimensionalen Marke) eine markenmäßige Verwendung der konturlosen Farbe durch den Markeninhaber an (BGH I ZB 88/07, Rocher-Kugel; I ZB 65/13, Nivea-Blau).

4.1. Zum Begriff der Einzelhandelsdienstleistung:

Der Zweck des Einzelhandels besteht im Verkauf von Waren an den Verbraucher. Dieser Handel umfasst neben dem Rechtsgeschäft des Kaufvertrags die gesamte Tätigkeit, die ein Wirtschaftsteilnehmer entfaltet, um zum Abschluss eines solchen Geschäftes anzuregen. Diese Tätigkeit besteht insbesondere in der Auswahl eines Sortiments von Waren, die zum Verkauf angeboten werden, und im Angebot verschiedener Dienstleistungen, die einen Verbraucher dazu veranlassen sollen, den Kaufvertrag mit diesem Händler statt mit einem seiner Wettbewerber abzuschließen (vgl C-418/02, Praktiker Bau- und Heimatmärkte AG).

4.2. Die Antragstellerin begehrt im Hauptantrag die Eintragung der Farbmarke für Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Bau- und Heimwerkerartikel. Diese Dienstleistungen sind nicht nur auf (Bau)Märkte beschränkt, sondern umfassen beispielsweise auch den Online-Handel.

Die Feststellung zur Verkehrsdurchsetzung auf Basis des Gutachtens ./JJ ergaben einen Zuordnungsgrad der beantragten Farbmarke zur Antragstellerin für die beanspruchten Dienstleistungen von 38,6 %. Der nach dem Sachverhalt erzielte Zuordnungsgrad der Farbe zur Antragstellerin reicht nach den zuvor dargestellten Grundsätzen der Rechtsprechung nicht aus, Kennzeichnungskraft infolge Verkehrsgeltung für die beanspruchte Farbe zu Gunsten der Antragstellerin annehmen zu können.

Die Antragstellerin begehrt im Eventualantrag die Eintragung der Farbmarke für Einzelhandelsdienstleistungen im Bereich von Baumärkten. Hier konnte das Patentamt eine Verkehrsdurchsetzung von 42,2 % feststellen. Der nach dem Sachverhalt erzielte Zuordnungsgrad der Farbe zur Antragstellerin reicht auch hier nach den zuvor dargestellten Grundsätzen der Rechtsprechung nicht aus, Kennzeichnungskraft infolge Verkehrsgeltung für die beanspruchte Farbe zu Gunsten der Antragstellerin annehmen zu können.

Zu berücksichtigen ist sowohl für den Haupt- als auch für den Eventualantrag die festgestellte häufige Verwendung der Farbe im Zusammenhang mit den beanspruchten Dienstleistungen und das damit verbundene allgemeine Interesse an der Verfügbarkeit dieser beliebten Farbe. Zum Werbeaufwand der Beklagten muss betont werden, dass sich die

Antragstellerin nicht nur der Farbe Orange, sondern auch der Farben Rot und Gelb bedient. Darüber hinaus verwendet die Antragstellerin ausgehend vom maßgeblichen Sachverhalt die Farbe Orange in Verbindung mit dem O*****-Logo, sodass im Bereich des Marketings und des Internetauftritts eine sogenannte Mehrfachkennzeichnung vorliegt (vgl Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG12 § 8 Rz 623 mwN der Rsp des BGH). Sonstige im Rahmen der Verkehrsdurchsetzung uU maßgebliche Umstände – wie Marktanteile, Werbeaufwendungen – können allenfalls eine Verkehrsbekanntheit der eingesetzten konkreten Gesamtaufmachung belegen, nicht aber die Verkehrsdurchsetzung der darin enthaltenen einzelnen Farben als solcher beweisen (Ströbele aaO Rz 620). Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine Wahrnehmung abstrakter Farben als betriebliche Herkunftshinweise regelmäßig nur in einem überschaubaren Bereich von Waren/Dienstleistungen in Betracht kommt. Insoweit müssen die beanspruchten Waren/Dienstleistungen Teil eines abgeschlossen, von den Kennzeichnungsgewohnheiten anderer Branchen unabhängigen und damit „spezifischen Marktes" sein. Deshalb wird die Verkehrsdurchsetzung einer abstrakten Farbmarke idR nur in engen – hier nicht vorliegenden – Bereichen spezieller Waren/Dienstleistungen sein (Ströbele aaO Rz 627). Wird – wie im vorliegenden Fall – die Eintragung der abstrakten Farbmarke für einen weiten Oberbegriff begehrt, erlangt das Allgemeininteresse an der freien Benutzung von Farben zudem besondere Bedeutung. Die Gewährung des Markenschutzes birgt hier das Risiko einer weitreichenden Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Mitbewerber, die an der Nutzung der für den Markeninhaber geschützten Farbe bei der Produktgestaltung gehindert sein können (BGH, ZB 65/13 Niveablau).

4.3. Zu den sekundären Feststellungsmängeln:

Ausgehend von den obigen Ausführungen kommt der begehrten Feststellung, dass in der vergleichenden Werbung von H***** ./AAA der „H*****-Balken" in Magenta und der O*****-Balken in Orange dargestellt ist, keine Relevanz zu, weil es auf die Verwendung von farblichen Darstellungen eines Mitbewerbers in der Werbung nicht ankommt und es unerheblich ist, ob der Mitbewerber H***** davon ausgeht, dass die angesprochenen Verkehrskreise mit der Farbe Orange den Baumarkt der Antragstellerin assoziieren würden.

Zur begehrten Feststellung im Zusammenhang mit Medienberichten im Zuge der Umwandlung der bauMax-Märkte in O*****-Märkte ist auszuführen, dass es auch hier auf die beteiligten Verkehrskreise der beanspruchten Dienstleistungen und nicht auf die Bezeichnung der Antragstellerin als „oranger *****-Konkurrent", „die orange Kette mit dem Biber Logo" oder „Gelb wird Orange" in der Presse im Zuge der Umwandlung ankommt.

Auch die weiters aufgezeigten sekundären Feststellungsmängel, wonach Feststellungen fehlten, dass das Gutachten ./S nur geringfügige, für die Frage der Verkehrsdurchsetzung nicht ins Gewicht fallende Fehlzuordnungen der Farbe Orange zu anderen Baumärkten zeige, liegen nicht vor. Das Patentamt stellte fest, dass 10,9 % der 731 Befragten (das sind 5,2 % aller 1515 Befragten) den Mitkonkurrenten der Antragstellerin die Farbe Orange zuordneten; 6,2 % der 731 Befragten ordneten die Farbe Orange H***** zu.

Zur weiteren begehrten Feststellung (Werbespot von [...]) trägt die Antragstellerin im Rekurs keine nachvollziehbare Erklärung vor, weshalb im ausgestrahlten TV-Werbespot von Hofer der orange-farbig gekleidete Verkäufer und dessen orange-farbiges Namensschild ohne jedes Logo für die Zuseher erkennbar einen O*****-Markt-Mitarbeiter zeigen sollte.

Das Erstgericht stellte zum Marktauftritt von Z***** fest, dass dieses Unternehmens neben dem Logo auch die Farbe Gelb als Hintergrundfarbe und Gestaltungsfarbe für bestimmte, hervorgehobene Elemente benutzt. Damit liegen ausreichende Feststellungen vor. Der begehrten Feststellung, dass die Preise in Beilage ./E im Einklang mit dem „Z*****-Logo" in Gelb mit schwarzer Umrandung angeführt sind, kommt keine Relevanz zu.

5. Ob ein Zeichen Unterscheidungskraft besitzt, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, weshalb dieser Rechtsfrage keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt (RIS-Justiz RS0111880). Mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage von der Qualität des § 62 Abs 1 AußStrG war der ordentliche Revisionsrekurs nicht zuzulassen.

Angesichts der Bedeutung des Markenschutzes im Wirtschaftsleben war jedoch nach § 59 Abs 2 AußStrG auszusprechen, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands EUR 30.000 übersteigt.

[Der Oberste Gerichtshof wies den außerordentlichen Revisionsrekurs am 20.10.2020 zurück,4 Ob 101/20m.]

Schlagworte

Gewerblicher Rechtsschutz – Markenschutz; Farbmarke orange (RAL 2008),

Textnummer

EW0001067

Anmerkung

Der Oberste Gerichtshof wies den außerordentlichen Revisionsrekurs am 20.10.2020 zurück, 4 Ob 101/20m.

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OLG0009:2020:03300R00013.20D.0506.000

Im RIS seit

20.11.2020

Zuletzt aktualisiert am

20.11.2020

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

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at